

## ¿FÁBRICA DE INOCENTES? ¡NO TAN DEPRISA! (DE UN POSIBLE SESGO EN EL PROYECTO DE EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA DE LAUDAN)

Edgar Aguilera\*

Becario posdoctoral en el Barcelona Institute of Analytic Philosophy (BIAP),

Unidad de Excelencia María de Maeztu; sede: Universidad de Girona

*edgar.aguilera@udg.edu*

**RESUMEN:** Luego de aportar el contexto en el que surge la metáfora de la fábrica de inocentes (sección 1), y de vincularla con los diagnósticos general y específico que Laudan hace respecto del sistema acusatorio estadounidense y similares (secciones 2 y 3), se ofrecen elementos que sustentan la tesis de que, en la base del proyecto de epistemología jurídica del autor, yace un sesgo confirmatorio que lo lleva a sobredimensionar la frecuencia y costos de los falsos negativos (secciones 4 a 7). A lo anterior le sigue la identificación del posible origen del sesgo referido (sección 8). Se cierra con la exposición sucinta a) de una teoría alterna de la justificación del castigo basada en la comunicación moral que se entabla con la persona condenada, y b) de un proyecto de epistemología jurídica compatible con esta (sección 9).

**PALABRAS CLAVE:** sistemas acusatorios; epistemología jurídica; veredictos erróneos; sesgo de confirmación; teorías de la justificación del castigo.

---

\* Agradezco la minuciosa revisión y sugerencias de las personas dictaminadoras anónimas y, muy especialmente, a la profesora Amalia Amaya y al profesor Andrés Páez por su amable invitación a participar en el I Mini-foro de Epistemología Aplicada: Homenaje a Larry Laudan, llevado a cabo en agosto de 2023 en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, México. En mi intervención en dicho evento se encuentra ya el germen de las ideas aquí presentadas. Un agradecimiento también muy especial al profesor Víctor García Yzaguirre por su invitación a que presentara una versión previa de esta investigación en la sesión inaugural del seminario interinstitucional «Perspectivas sobre la teoría del derecho», a los asistentes a ese seminario y, por supuesto, al profesor Raymundo Gama, encargado de preparar un comentario formal para aquel encuentro.

## MANUFACTURED INNOCENCE? NOT SO FAST! (A POSSIBLE BIAS IN LAUDAN'S LEGAL EPISTEMOLOGY)

**ABSTRACT:** After providing the reader with the context of the metaphor appearing in the article's title (section 1), and linking it with the general and specific diagnoses that Laudan offers regarding the American accusatory system and others relevantly similar (sections 2 and 3), I put forward some elements in support of the thesis that a confirmation bias underlies the author's legal epistemology project; a bias leading him to overstate the frequency and costs of false negatives (sections 4 to 7). I go on to identify the possible origin of the abovementioned bias (section 8), and to conclude I sketch a) an alternative theory of what justifies the infliction of legal punishment (which is centered around the notion that a moral communication is established between the State and those convicted of a crime), and b) a legal epistemology compatible with such a theory (section 9).

**KEYWORDS:** accusatory systems; legal epistemology; erroneous verdicts; confirmation bias; theories of legal punishment.

**SUMARIO:** 1. EL CONTEXTO DE LA METÁFORA DE LA FÁBRICA DE INOCENTES.— 2. EL RIESGO QUE, SEGÚN LAUDAN, CORREN LOS SISTEMAS ACUSATORIOS Y SU DIAGNÓSTICO GENERAL RESPECTO DEL SISTEMA ESTADOUNIDENSE Y SIMILARES: APLICANDO LA METÁFORA.— 3. UN DIAGNÓSTICO MÁS ESPECÍFICO (¿Y CERTERO?) DE PARTE DE LAUDAN.— 4. ALERTA SOBRE UN POSIBLE SESGO.— 5. RÉQUIEM POR EL NÚCLEO DURO (O HARDCORE) DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA.— 6. LA DILUCIÓN DE LA ESTRUCTURA ACUSATORIA TRIPARTITA.— 7. EN NOMBRE DE LA CIENCIA, LA FILOSOFÍA Y LA EVIDENCIA EMPÍRICA.— 8. UNA PECULIAR TEORÍA UTILITARISTA DE LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO.— 9. REFLEXIÓN DE CIERRE: ESBOZO DE UNA TEORÍA ALTERNATIVA DE LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO Y DE UN PROGRAMA DE EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA BASADO EN ELLA.— BIBLIOGRAFÍA.

### 1. EL CONTEXTO DE LA METÁFORA DE LA FÁBRICA DE INOCENTES

A finales de la primera década de este siglo, los periodistas franceses Anne Vigna y Alain Devalpo (2010) publican en castellano el libro *Fábrica de culpables: Florence Cassez y otros casos de la (in)justicia mexicana*. En sus páginas, los autores buscan sumarse a la denuncia de lo que los más optimistas dirían que *era* uno de los problemas estructurales del sistema mexicano de administración de justicia penal, a saber: el débil sustento probatorio que, no obstante, con frecuencia alcanza para condenar<sup>1</sup>. Tan

---

<sup>1</sup> O alcanzaba, si se comparte el optimismo referido.

débil sería ese sustento<sup>2</sup> que, en lugar de la excepción, inculpar falsamente<sup>3</sup> podría ser la regla, según lo sugiere la obra referida. De ahí el título de «fábrica de culpables».

En virtud de lo arraigado de su «modelo autoritario de investigación» (Magaloni, 2009), de su justicia «solo de escritorio» (Zepeda, 2004), y de la incompetencia, corrupción y abusos a los que, por décadas, se acostumbraron sus «investigadores de papel» (Azaola y Ruiz, 2009), no comparto el optimismo de quienes sostendrían que en México lo anterior ya no es un problema, —si es que, de hecho, alguna vez lo fue— o, al menos, no uno del que haya que preocuparse demasiado<sup>4</sup>. Sin embargo, entiendo que hay razones que pueden conducir a que se piense así. La principal en mi opinión tiene que ver con la célebre reforma de 2008, que hizo transitar a la administración de justicia mexicana de una pauta preponderantemente *inquisitoria* a otra con énfasis *acusatorio*<sup>5</sup>.

La pregunta, claro, es ¿por qué este cambio podría dar pie a un optimismo de esa naturaleza? La respuesta en buena medida se relaciona con el aura positiva que envuelve a los sistemas acusatorios paradigmáticos, con el buen nombre del que en principio gozan, mismo que no está del todo injustificado. Y es que, en efecto, estos sistemas suelen acoger en su estructura un conjunto de dispositivos procesales explícitamente orientados a condicionar la emisión de una condena a la superación por parte de las fiscalías del duro reto de tener que identificar, aportar y practicar *pruebas de la mayor contundencia* en contra de los acusados. La idea fuerza<sup>6</sup> es que, como base del ejercicio de la potestad punitiva del Estado haya una investigación más robusta, un esfuerzo demostrativo de la culpabilidad mucho más considerable que el que cabría anticipar en ausencia de los dispositivos aludidos.

La esperanza es que, al complicar de ese modo la procedencia de una condena, (al menos de la que resulta de un juicio<sup>7</sup>) simultáneamente se reduzcan de forma

<sup>2</sup> Aunado a las no pocas violaciones al debido proceso en las que las autoridades suelen incurrir al recabar los elementos que conforman los acervos probatorios respectivos.

<sup>3</sup> Es decir, condenar al inocente.

<sup>4</sup> Para reducir la dosis de especulación con la que se le aborda, la cuestión de determinar la frecuencia de las condenas falsas (o *wrongful convictions*) tendría que zanjarse empíricamente, en la medida de lo posible. Eso es precisamente lo que se ha intentado hacer mediante iniciativas como la de los denominados registros de exoneraciones. El que ha llevado la batuta es el The National Registry of Exonerations, véase: <https://exonerationregistry.org/>; al que se han sumado el European Registry of Exonerations, véase: <https://www.registryofexonerations.eu/>; el Miscarriages of Justice Registry de Reino Unido, véase: <https://evidencebasedjustice.exeter.ac.uk/miscarriages-of-justice-registry/>; entre otros.

<sup>5</sup> Al menos en el papel, y siguiendo con ello la tendencia marcada por los Estados Unidos a los países de la región.

<sup>6</sup> Una de ellas, al menos.

<sup>7</sup> Hago esta aclaración, pues es común que nos olvidemos de las condenas resultantes de la conocida como «justicia negociada», cuya dinámica —si no incluye un estándar de prueba mínimamente riguroso, y/o si se le otorga al fiscal una amplia discreción para modificar los cargos imputados con el propósito de que el acusado acepte al menos alguno de ellos, y/o para proponer la imposición de penas mínimas en contraste con las que podrían ser impuestas por el juez, etcétera—, puede subvertir las buenas intenciones de dificultar la procedencia de condenas en la fase del juicio. Ese olvido es más

drástica las probabilidades de que se castigue injustamente. ¿Qué bases hay para que se tenga esa esperanza? Que, después de todo, no parece que sea frecuente que, en contra de alguien realmente inocente, puedan recabarse pruebas de tal envergadura<sup>8</sup>, excluyendo, por supuesto, que se trate de un montaje deliberado que involucre la siembra o manipulación de aquellas.

Por su parte, entre los dispositivos de los que se espera que dificulten la obtención de una condena (y que reduzcan, por tanto, el riesgo de condenar falsamente) destacan la presunción de inocencia, la carga impuesta al Estado de probar la culpabilidad, y un umbral de suficiencia probatoria muy elevado, que típicamente es invocado mediante la expresión de «prueba más allá de toda duda razonable» (de que el acusado cometió el delito respectivo).

## 2. EL RIESGO QUE, SEGÚN LAUDAN, CORREN LOS SISTEMAS ACUSATORIOS Y SU DIAGNÓSTICO GENERAL RESPECTO DEL SISTEMA ESTADOUNIDENSE Y SIMILARES: APLICANDO LA METÁFORA

Habiendo establecido sus aparentes bondades, el problema con los sistemas de corte acusatorio<sup>9</sup> es que, de acuerdo con Laudan, pueden verse capturados por una suerte de *garantismo exacerbado* o de *hipergarantismo* que, en su afán de evitar a toda costa las condenas falsas, está dispuesto:

- 1) A conceder a las personas acusadas cuanta ventaja procesal y/o probatoria que sea posible concebir, —yendo así más allá (y, en sus versiones extremas, mucho más allá) de la inclusión de los dispositivos procesales antes enlistados— y, por tanto;
- 2) A aceptar con indiferencia la consecuencia previsible de una concesión de ese tipo: el crecimiento exponencial de las soluciones jurídicamente válidas<sup>10</sup>, pero (probablemente) falsas<sup>11</sup>.

En otros términos, si en el trabajo de Vigna y Devalpo (2010) antes aludido se habla de una *fábrica de culpables*, de la mano de una actitud hipergarantista y a la manera de un efecto de péndulo, un sistema acusatorio, podría afirmar Laudan, co-

---

que curioso si se considera que a la justicia negociada parece recurrirse de modo preponderante en las distintas regiones en que operan los sistemas acusatorios.

<sup>8</sup> Suponiendo que el alto nivel de contundencia probatoria al que se aspira haya sido formulado de forma adecuada en términos de no verse afectado de un elevado grado de indeterminación y también en términos de referirse fundamentalmente a la capacidad justificativa del conjunto de pruebas.

<sup>9</sup> Cuya instauración, o la de algo aproximado a ellos, —al menos en lo que se refiere a la estructura acusatoria tripartita (conformada por la presunción de inocencia, la carga del Estado de probar la culpabilidad y la exigencia de un estándar probatorio sumamente riguroso)—, es considerada ya un compromiso ineludible del Estado democrático y liberal.

<sup>10</sup> Si suponemos que están basadas en la correcta determinación de que el estándar de prueba respectivo no fue satisfecho.

<sup>11</sup> En el sentido de liberar acusados materialmente culpables.

tre el riesgo de situarse bruscamente en el extremo opuesto: en el de operar también como una *fábrica*, pero *de inocentes*. De inocentes en su mayoría tan artificiales como los culpables que produce su metafórica contraparte fabril, pero sumamente dañinos para la sociedad si, como sugiere el autor, se toman en cuenta los delitos futuros que, según él, es razonable predecir que serán cometidos —por la proporción no menor de ellos con antecedentes penales—, durante el periodo en prisión al que podían haber sido condenados, de no ser por el efecto de las múltiples e inapropiadas concesiones que esta fábrica de inocentes hace a favor de todo acusado.

Para Laudan, lo anterior no es solo un riesgo abstracto, sino que es precisamente lo que sostiene que ha ocurrido ni más ni menos que con el sistema acusatorio estadounidense, es decir, el haberse transformado paulatinamente en lo que, por usar uno de los modos de caracterizarlo al que el propio autor recurre, puede ser descrito como un sistema «excesivamente amigable con la absolución» y, por extensión, sumamente tolerante con la comisión de falsos negativos<sup>12</sup>.

Por supuesto, dicho diagnóstico alcanzaría a cualquier otro sistema acusatorio considerablemente semejante, es decir, que incluya la tradicional estructura acusatoria tripartita conformada por la presunción de inocencia, la carga del Estado de probar la culpabilidad, y un exigente estándar de prueba; pero que, además, entre otras cosas<sup>13</sup>, insista en la implementación de un estándar probatorio aún más severo, incorpore reglas que directamente ordenen la exclusión de pruebas de cargo relevantes, o que de forma indirecta tengan ese efecto, y/o que impida la apelación de los veredictos absolutorios<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Esta caracterización del sistema de justicia estadounidense puede apreciarse mejor en la versión en inglés del primer libro en que Laudan reflexiona sobre el proceso penal desde una perspectiva epistemológica. Refiriéndose a las ventajas de posibilitar que las absoluciones sean apeladas, el autor sostiene que «[...] *apart from enabling the state to convict more of the truly guilty than it now does, opening up the system to appeals of acquittals would halt the drift of evidence law in the direction of becoming ever more acquittal-friendly. If appellate courts were routinely confronting injustices of both sorts, we have every reason to expect that the courts would come up with fixes that worked to reduce the total number of erroneous verdicts instead of producing remedies that focus myopically on false convictions [...]*» (énfasis añadido, Laudan, 2006: 211).

<sup>13</sup> Y en esas otras cosas adicionales radica, según Laudan, lo exacerbado del garantismo.

<sup>14</sup> Para apreciar más vívidamente la preocupación que en Laudan genera lo que aquí he llamado el hipergarantismo, reproduzco el siguiente largo pero muy representativo pasaje: «Consideremos por un momento la situación de un acusado inocente que enfrenta un juicio oral. Él sabe... que, *gracias al (elevado) estándar de prueba aplicable, corre solo un pequeño riesgo de ser condenado incorrectamente...* Sabe, además, que aun si es condenado *tiene la oportunidad de que su condena se revoque en apelación*. También está enterado de que, gracias a la presunción de inocencia, *el jurado debe ignorar el hecho de que muchos de los anteriores actores en su drama (policías, fiscales y jueces) recabaron pruebas significativas en su contra o consideraron que las hay*. Sabe asimismo que, al menos que opte por invocar una defensa afirmativa, *no está obligado a decir o a hacer nada para lograr su absolución...* Hasta aquí, sus intereses coinciden con los de la sociedad. No obstante, pese al riesgo relativamente menor antes mencionado, puede perfectamente entenderse que nuestro hipotético inocente, desafortunadamente acusado de un delito, siga preocupado por la pequeña pero innegable posibilidad de ser condenado y, además, de que su condena errónea sea confirmada en la apelación respectiva. Así las cosas, a él (y mayormente a los

### 3. UN DIAGNÓSTICO MÁS ESPECÍFICO (¿Y CERTERO?) DE PARTE DE LAUDAN

En su más reciente y desafortunadamente último libro sobre cuestiones epistemológico-jurídicas, Laudan (2016) se da a la tarea de ofrecer un diagnóstico más específico respecto del sistema acusatorio estadounidense. Y lo hace centrándose en los denominados «crímenes violentos»<sup>15</sup> que, de acuerdo con la estadística pertinente, fueron cometidos en aquel país durante el 2008.

Pues bien, según Laudan (2016: 5-6), en ese año se cometieron alrededor de 1.7 millones de dichos crímenes. En respuesta, la policía arrestó a 595 mil sospechosos<sup>16</sup>. Por su parte, ya sea por iniciativa del fiscal o de un juez, se desestimaron los cargos contra 217 mil arrestados. De los restantes, 333 mil fueron condenados por vía de un acuerdo (o «plea bargain agreement»), dejando con ello alrededor de solo 45 mil personas cuyo caso prosiguió a la etapa de juicio oral, de las cuales 30 mil fueron condenadas y 15 mil fueron absueltas. Consideradas en conjunto hubo entonces 363 mil personas condenadas, ya sea mediante acuerdo o luego del juicio respectivo, y las restantes 232 mil personas arrestadas salieron libres (ya sea por la desestimación de los cargos en su contra o por haber recibido una absolución).

El siguiente paso en su proceder fue incorporar la crucial información relativa a la frecuencia y costos asociados tanto a los falsos positivos<sup>17</sup> (Laudan, 2016: 50-56,

---

abogados defensores en general) *le gustaría minimizar la probabilidad de ser condenado injustamente aún más*. Pues bien, partamos de que en efecto existen ciertas pruebas de cargo considerables, pues de otra manera su caso no hubiese llegado tan lejos. Siendo así, nada le complacería más que *descubrir que hay un conjunto de reglas de exclusión que podrían tener el efecto de evitar que el jurado tenga contacto con algunas de aquellas pruebas*. En este punto, *su interés en ser absuelto y el interés de los genuinamente culpables en que a ellos también se les absuelva, comienzan a converger*; al tiempo que el interés de aquellos comprometidos con la búsqueda de la verdad, como nosotros, empieza a discrepar del ferviente deseo de librarse de una condena que es plausible decir que tienen ambas clases de acusados (los genuinamente inocentes, por supuesto, *pero también los genuinamente culpables*). ¿Por qué esa discrepancia? Porque, aunque indudablemente nos gustaría ver absuelto al acusado inocente, *comprendemos perfectamente que toda concesión probatoria otorgada a este también beneficiará a los materialmente culpables, y a veces, mucho más a estos últimos*. Por tanto, *una vez que mediante el estándar de prueba se han reducido los riesgos de una condena falsa para el acusado inocente, debemos oponernos a que generosamente se sigan repartiendo más y más ventajas a favor de los acusados, pues sabemos que muchos de los que se beneficiarán de esa condescendencia serán los genuinamente culpables, y que, si ponemos más y más obstáculos para la admisión de pruebas relevantes, será cada vez más difícil que con las que sobrevivan se les pueda condenar*» (énfasis añadido, Laudan, 2013: 183).

<sup>15</sup> Esta categoría comprende al homicidio doloso o *murder*, la violación o *rape*, el asalto agravado o *aggravated assault* y el robo a mano armada o *armed robbery*.

<sup>16</sup> A 22 mil por homicidio doloso, a 36 mil por violación, a 288 mil por asalto agravado y a 158 mil por robo a mano armada.

<sup>17</sup> Expresión que en el vocabulario de Laudan comprende a los erróneamente condenados, ya sea como resultado de un juicio o de un acuerdo.

73-78), como a los falsos negativos<sup>18</sup> (pp. 56-66, 68-73). En este orden de ideas, según los cálculos de Laudan, el número estimado de falsos positivos en el periodo contemplado fue de 10.9 mil<sup>19</sup>. Su costo, por otra parte, ha de entenderse en términos de las víctimas que dichos falsos positivos producen, cantidad que asciende a 24 mil. ¿Por qué esta cifra?

Porque Laudan piensa que la cantidad de falsos positivos debe multiplicarse por 2.2. Este último factor es el resultado de sumar dos cifras que representan a las víctimas producidas por esa clase de veredicto erróneo. Por un lado, tenemos al inocente condenado por cada falso positivo, al que Laudan considera en sí mismo una víctima<sup>20</sup>, o sea, la cifra de 1; y, por otro, tenemos la cantidad de víctimas de los crímenes violentos que, con base en los datos estadísticos consultados por el autor, serán cometidos en promedio al año por el verdadero aunque desconocido perpetrador, en cuyo lugar fue castigado el inocente que cada condena falsa implica (asumiendo, claro, que dicho perpetrador es un ofensor reincidente). Ese promedio es de 1.2 crímenes violentos anuales, cifra de la cual Laudan extrae la misma cantidad de víctimas (o sea, 1.2)<sup>21</sup>.

En lo que toca a los falsos negativos, es decir, a los culpables liberados, su número estimado en el periodo estudiado asciende a 93.8 mil. Laudan obtiene esta cifra de considerar que el 38 por 100 de las 217 mil desestimaciones de cargos son erróneas<sup>22</sup>, aunado al 80 por 100 de errores en las 15 mil absoluciones registradas. Por su parte, el costo en víctimas asociado a la totalidad de falsos negativos es de 112 mil. Dicha

<sup>18</sup> Esta expresión comprende a los culpables materiales liberados como resultado de la desestimación de los cargos en su contra o por haber recibido una absolución (al término de la fase de juicio oral).

<sup>19</sup> Cifra a la que se llega aplicándose una tasa del 3 por 100 de condenas falsas, que es la tasa en la que, en términos generales, según el autor, coinciden los estudios empíricos más robustos en materia de exoneraciones logradas por los múltiples proyectos de inocencia activos en los Estados Unidos.

<sup>20</sup> Entonces, para Laudan, tenemos, de un lado, a la víctima del delito; delito que quedó impune (aunque en su momento la víctima no lo sabe y quizás nunca lo sepa), pues no se identificó al verdadero perpetrador, sino que un inocente «tomó su lugar». Y, de otro, a la víctima del falso positivo, es decir, al inocente condenado. Para Laudan, este es tan víctima como quien fue objeto del delito respectivo. ¿Por qué? Porque si suponemos que el castigo que se impone a los considerados culpables de un delito es semejante o proporcional, en términos del sufrimiento infligido, al daño ocasionado por el acto delictivo mismo, entonces ambas víctimas experimentan, digamos, un dolor o pesar equivalente. ¿Por qué entonces no incluir a la víctima del acto delictivo en la cuantificación del costo de una condena falsa si a fin de cuentas estamos hablando de víctimas? Porque Laudan se centra exclusivamente en las víctimas que puede decirse que son causadas, directamente en el caso de los falsos positivos e indirectamente en el caso de los falsos negativos, por los veredictos erróneos, más no por los actos delictivos mismos. El caso de los falsos negativos es especial porque, en efecto, en el cálculo de sus costos Laudan considera fundamentalmente a las víctimas de los actos delictivos que muy probablemente llevarán a cabo los ofensores que ya son reincidentes o que son, por usar una expresión del autor, criminales de carrera. Sin embargo, siguiendo al autor, esos actos y sus correspondientes víctimas, no habrían tenido lugar si los perpetradores con perfil reincidente no hubiesen sido absueltos por un sistema que le brinda a los acusados ventajas excesivas. De modo que, en algún sentido (indirecto) de hecho antes), son esas absoluciones falsas las causantes del «desastre».

<sup>21</sup> De modo que, sumando 1 y 1.2, se obtiene el factor de 2.2 por el que tiene que multiplicarse la cantidad de falsos positivos a los efectos de estimar sus costos.

<sup>22</sup> Erróneas en el sentido de liberar culpables materiales.

cifra resulta de multiplicar el número de culpables liberados, 93.8 mil, por 1.2, que corresponde al número de víctimas que cada falso negativo produce al dejar libre al materialmente culpable y reincidente que, como antes se dijo, en promedio al año cometerá esa misma cantidad, 1.2, de crímenes violentos.

A la luz de la información anterior, nótese primero, nos pide Laudan, la respuesta a todas luces insuficiente de parte del sistema al procesar solo 595 mil del más de millón y medio de crímenes violentos cometidos durante el año en cuestión. Por si eso no fuera ya escandaloso, nótese las 232 mil personas que se libraron de una condena, de las cuales, de acuerdo con el autor, a 93.8 mil puede considerárseles erróneamente puestas en libertad (en el sentido de tratarse de personas materialmente culpables). Nótese también que el costo de esos falsos negativos es de 112 mil víctimas y compáresele con las solo 24 mil víctimas atribuibles a los 10.9 mil falsos positivos.

Por otro lado, si dirigimos la mirada a la forma en que los errores se distribuyen, tenemos que esto ocurre a razón de alrededor de 8.6 falsos negativos (virtualmente 9) por cada falso positivo. Se trata entonces de una ratio bastante cercana a la supuestamente sugerida por Blackstone cuando sostuvo que es preferible que 10 culpables sean absueltos a que un inocente sea condenado. Por tanto, se trata de una ratio íntimamente ligada al estándar probatorio de «más allá de toda duda razonable».

¿Por qué el vínculo entre la ratio de Blackstone de 10 a 1 y el estándar mencionado? Porque la interpretación probabilística que a este se le suele dar —según la cual, para poder darse por probada, la hipótesis de culpabilidad debe haber alcanzado el 90 por 100 (o el 0,9) de probabilidades de ser verdadera (con base en las pruebas aportadas)—, es la que supuestamente tendrá el efecto de (o al menos contribuirá a) que los errores se distribuyan de ese modo, o sea, a razón de 10 soluciones falsas por cada condena falsa.

Ahora bien, ¿por qué para Laudan es importante llamar nuestra atención a la casi equivalencia entre la ratio obtenida en su análisis (8.6/1) y la ratio de Blackstone (10/1)? Porque al haber mostrado el daño *concreto* que, según él, esa distribución del error causa —recuérdese, 112 mil víctimas atribuibles a las 93.8 mil soluciones falsas contra las solo 24 mil víctimas atribuibles a las 10.9 mil condenas falsas—, Laudan piensa haber mostrado simultáneamente lo irracional que es mantener vigente el estándar de prueba que produce o de menos contribuye importantemente a la obtención de la distribución referida entre falsos negativos y falsos positivos, a saber, el estándar de «prueba más allá de toda duda razonable». La crítica es, en síntesis, que la dosis de tolerancia hacia las soluciones falsas inserta en esa ratio (y en ese estándar) es simplemente inaceptable.

Si esto es así, parece entonces no quedar opción más que rebajar dicho estándar, sustituirlo por uno menos exigente, por ejemplo, por el estándar de «prueba clara y convincente»<sup>23</sup>. Por supuesto, es previsible que esta medida, en efecto, genere algunos

<sup>23</sup> Que es el estándar probatorio que, en el sistema estadounidense, supuestamente se sitúa a medio camino entre el de «la preponderancia de las pruebas» y el de «más allá de toda duda razonable».

falsos positivos más y, por ende, más víctimas atribuibles a dicha clase de error. No obstante, sostendría Laudan, eso se vería más que compensado con la sensible reducción tanto de falsos negativos, como de las víctimas atribuibles a estos. Y es precisamente eso, morigerar el estándar, cambiarlo por uno menos severo, al menos para el caso de los crímenes violentos (o delitos graves), lo que propone (Laudan, 2016: 88-109).

En adición, el autor sugiere otras medidas como limitar (y, si se pudiera, eliminar) las reglas que directamente ordenan (o indirectamente tienen el efecto de) excluir ciertas pruebas de cargo relevantes, sentar las bases para que las absoluciones puedan apelarse, requerir que los jueces se abstengan de solicitar al jurado que no valore negativamente la falta de cooperación del acusado durante la fase investigativa y/o su silencio durante el juicio, etcétera (pp. 110-137).

#### 4. ALERTA SOBRE UN POSIBLE SESGO

Múltiples y muy variadas han sido las críticas dirigidas 1) a la metodología seguida por Laudan para la elaboración del que llamé *diagnóstico específico* en la sección previa, y 2) a sus propuestas para lidiar con la metástasis de absoluciones falsas de la que supuestamente padece el sistema estadounidense<sup>24</sup>. Y su reclamo de fondo es la precipitación con la que el autor parece haber procedido; señalamiento que comparto.

De modo más específico, pienso que Laudan incurrió constantemente<sup>25</sup> en una de las modalidades de error inferencial que él mismo advierte que se pueden cometer en el intento de esclarecer alguna cuestión empírica de interés, y que *grosso modo* consiste en darles a las pruebas o datos de los que se dispone un valor distinto del que racionalmente les correspondería, ya sea mayor o menor (Laudan, 2013: 38). En este sentido, Laudan parece haber sobrevalorado la información que corroboraba su intuición previa (a cuyo origen volveré después) de que los falsos negativos debían ser muy frecuentes y costosos, mientras subvaloraba la que pudiera contradecirla<sup>26</sup>. Por

---

En clave probabilística, el estándar de la preponderancia equivaldría a requerir que, para ser declarada probada, una hipótesis tiene que ser probablemente verdadera en más del 50 por 100 (0,5+); el de la prueba clara y convincente requeriría que las probabilidades de ser verdadera de una hipótesis sean del 70 por 100 (0,7); y el de la duda razonable, que las probabilidades de ser verdadera de la hipótesis de culpabilidad del acusado sean del 90 por 100 (0,9).

<sup>24</sup> Entre ellas, véanse las incluidas en el volumen 48, número 4, de la *Seton Hall Law Review*: Koppi, 2018; Findley, 2018; Zalman, 2018; Cassell, 2018. También las de Gardiner, 2017, y Dei Vecchi, 2020a, p. 145-182; 2020b.

<sup>25</sup> Y desde muy temprano en su reflexión epistemológico-jurídica, como intentaré mostrar más adelante.

<sup>26</sup> En este orden de ideas, una de las principales críticas de Findley (2018) es que Laudan se apresura al considerar correctas, sin más, las opiniones de los jueces, recabadas en el más importante estudio del siglo xx sobre el jurado estadounidense: el de Kalven y Zeisel (1966); estudio que fue clave en la estimación que Laudan hace de la supuestamente muy elevada frecuencia con que se pronuncian absoluciones falsas en su libro de 2016. El estudio de Kalven y Zeisel reporta que en los casos de la muestra respectiva en los cuales el jurado terminó absolviendo, pero los jueces habrían condenado, los jueces

opinan que, no obstante, había bases probatorias para condenar; o, dicho de otro modo, que el estándar PMATDR había sido satisfecho, y que, por tanto, se trataba en su gran mayoría de absoluciones, además de inválidas, muy probablemente falsas. A esta gran conclusión se le conoce como la «hipótesis de la liberación», a la cual volveré después con más detalle. Pues bien, Findley hace notar que el que no se tengan al menos algunas dudas con respecto a estas opiniones de los jueces ignora la gran lección de las condenas erróneas que a la fecha se sabe que han ocurrido. ¿Cuál? Que, en virtualmente todos los casos de personas exoneradas (gracias a los esfuerzos de algún proyecto de inocencia), las pruebas recabadas en su contra fueron suficientes para convencer a policías, fiscales, jurado, jueces y, a veces, a sus propios abogados defensores de que eran culpables conforme al estándar PMATDR (por eso fueron condenados en primer lugar). Teniéndose esto en cuenta, debería haber al menos algún grado de escepticismo saludable hacia las opiniones recabadas por Kalven y Zeisel, no solo de parte de Laudan, sino de la sociedad en general. Laudan parece ir en la dirección de ese escepticismo saludable, pues en efecto toma en cuenta uno de los más destacados estudios modernos acerca del jurado estadounidense: el elaborado por Givelber y Farrell (2012), en el cual, contrario al estudio de Kalven y Zeisel (1966), se sostiene que, pese a que no se pueda afirmar de modo definitivo, los datos apuntan a que la mayoría de las absoluciones no son aberraciones irracionales, es decir, grotescas concesiones hechas a gente culpable, sino veredictos con indicadores al menos consistentes con la inocencia material de los absueltos. La cuestión, afirma Findley, es que la cautela con la que Givelber y Farrell piden tomar sus resultados es aprovechada por Laudan para descartar su análisis, salvo por la mención de pasada de parte de los autores de que la dimensión del problema de las absoluciones falsas ha sido un misterio y quizás continúe siéndolo por un buen tiempo (Findley, 2018: 1276-1281).

Por su importancia, vale la pena detenernos un poco en el trabajo de Givelber y Farrell (2012). En él los autores analizan la información recabada en un estudio a gran escala realizado por el National Center for State Courts (NCSC) durante los años 2000 y 2001. Un objetivo prioritario de los autores fue determinar si los datos del estudio del NCSC eran o no, luego de transcurridas varias décadas, consistentes con la famosa «hipótesis de la liberación» proveniente del estudio de Kalven y Zeisel. De acuerdo con dicha hipótesis (Givelber y Farrell, 2012: 5, 20-39), como se dijo antes, el jurado absuelve a las personas que los jueces habrían condenado porque se trata de casos en los que, ante sus ojos inexpertos en cuestiones probatorias, le surgen dudas de que el estándar PMATDR haya sido satisfecho. Estas dudas, que por la inexperiencia de sus miembros es comprensible que tenga, no obstante, carecen de fundamento pues, en realidad, las pruebas cumplen con dicho estándar (de lo cual los miembros del jurado se darían cuenta si tuvieran la capacidad que dan los años de no dejarse llevar por las apariencias). Pero una vez que estas dudas surgen (repito, injustificada, aunque comprensiblemente), el jurado renuncia a tener que seguir lidiando con las complejidades probatorias y, en su lugar, prefiere mejor aprovechar la oportunidad para mostrarse compasivo con el acusado y sus circunstancias particulares, y para canalizar, a través de la absolución de aquél, las críticas que pudiera tener contra el derecho penal sustantivo, por ejemplo, que quizás es injusto que criminalice la conducta imputada, o tal vez que la pena mínima que el acusado enfrentaría es ya, de por sí, muy severa, etc. A esta se le llama la *hipótesis de la liberación* porque es justo eso, una hipótesis, una conjectura. Pero no cualquiera, sino aquella en la que, en su gran mayoría, coincidieron los jueces consultados al responder a la pregunta de por qué creían que el jurado había absuelto en los casos en los que ellos habrían condenado. Y la liberación a la que se refiere no es solo la de los acusados respectivos, sino también la del propio sistema de justicia. ¿Liberación de qué? De la crítica de la que hubiera sido objeto si, al contrario, el estudio de Kalven y Zeisel hubiese concluido que la mayoría de las absoluciones tenían que ver con personas realmente inocentes, pues eso habría implicado que algo anómalo estaba ocurriendo con la percepción que la policía y las fiscalías tienen de las pruebas que terminan acopiendo. La anomalía en cuestión consistiría en que ellos frecuentemente piensan que las pruebas son suficientes para satisfacer el estándar PMATDR cuando no lo son de verdad. Por su parte, la misma *hipótesis de la liberación* hace que el jurado salga igualmente bien parado, pues mostraría que este hace una gran y honorable contribución: atemperar los rigores de la ley, volver más humano al sistema. Esto último fue muy importante en la época del estudio de Kalven y Zeisel debido a que en

---

ese momento se cuestionaba seriamente si convenía o no mantener la institución del jurado, si aportaba algo y, en su caso, qué era específicamente. De modo que gracias a la *hipótesis de la liberación* el sistema en su conjunto resultó reivindicado al tiempo que la creencia de que la mayoría de las absoluciones que se pronuncian lo son de personas materialmente culpables se consolidó en la sociedad estadounidense.

Expuesto lo anterior, vayamos entonces a las conclusiones a las que llegan Givelber y Farrell (2012: 67-98, 137-144) en su análisis: De acuerdo con los autores, como ocurrió en el estudio de Kalven y Zeisel, los jueces siguen manifestando su desacuerdo con una proporción muy alta de los casos en los que los jurados absuelven a los acusados respectivos. Asimismo, luego de más de cinco décadas, la opinión de los jueces acerca de las razones que llevan al jurado a absolver (en esos casos en que ellos habrían condenado) sigue alineándose con la *hipótesis de la liberación* antes referida. Lo interesante es que, dado que el estudio del NCSC recabó también las opiniones de los miembros del jurado en los casos contemplados, se puede ahora contrastar ambas perspectivas. Estos sostienen que sus decisiones de absolver estuvieron de hecho basadas en la valoración de las pruebas, es decir, no en la actitud compasiva con los acusados y crítica del derecho penal por la que, según los jueces, ellos (los miembros del jurado) se decantan cuando enfrentan casos marginales, mismos que, de nuevo, de acuerdo con los jueces, son marginales solo en apariencia, de lo cual se daría cuenta un experimentado juzgador de cuestiones probatorias. Y claro, del hecho de que los miembros del jurado sostengan que sus decisiones de absolver están basadas en las pruebas practicadas en la audiencia respectiva, no se sigue necesariamente que su valoración de ellas sea correcta, o sea, no se sigue con definitividad que dichas pruebas genuinamente establezcan una duda razonable de la culpabilidad del acusado y, menos aún, que apoyen su inocencia material. En efecto, puede ser que, con todo, los jueces se desempeñen mejor como juzgadores de los hechos, que su larga experiencia como profesionales en este campo haga una gran diferencia, y que, por tanto, estén en lo correcto al sostener que cuando el jurado absuelve se termina liberando a alguien muy probablemente culpable. Para sopesar esa posibilidad, en este punto es relevante atender a las cuestiones probatorias que Givelber y Farrell identifican como los factores que influyen determinantemente en las absoluciones con las que los jueces estuvieron en desacuerdo; factores a los que la *hipótesis de la liberación* se refiere solo de modo genérico, considerándolos implícitamente, recuérdese, como la cortina de humo que confunde a los inexpertos miembros del jurado, como los detonantes de las dudas por las que no deberían dejarse asaltar, como las apariencias por las que no deberían dejarse llevar. Esos factores son cuatro: el primero es una defensa activa del acusado que, además de una historia alternativa plausible, haya presentado uno o más testigos que le aporten algún grado de corroboración a dicha historia. El segundo es que el propio acusado haya declarado en juicio. El tercero es que, del contrainterrogatorio del que haya sido objeto por parte de la fiscalía, no haya surgido que tiene antecedentes penales —cuya existencia, de ser el caso, seguramente habría sido señalada por aquella, pues es en estas circunstancias cuando la ley le permite aportar esa prueba sin mayor complicación—. Y el cuarto es que el acusado, al declarar, haya invocado su inocencia material y que por ello su caso ha llegado hasta la etapa de juicio oral —dando a entender así que a lo largo del procedimiento se ha mantenido incólume en su postura de no haber cometido el delito que se le imputa, incluso ante los tratos que en las etapas previas la fiscalía le haya ofrecido—. Pues bien, que precisamente esos factores sean a lo que los jueces se refieren como la cortina de humo que hay que saber disipar, como las apariencias en cuyo engaño no hay que caer, como aquello que la experiencia enseña a no ponerle atención, es indicativo, más que de una valoración imparcial de las pruebas, de una suerte de prejuicio institucionalizado en contra de los acusados. Esto parece verse reforzado por una reflexión que al respecto hacen Givelber y Farrell, y por un dato adicional que aportan, en mi opinión, también muy preocupante. La reflexión es que los jueces parecen ser vulnerables al enfoque que en la práctica genera mayores réditos a la policía y las fiscalías, a saber, el presumir la culpabilidad de los acusados una vez que hay (o parece haber) razones para sospechar de ellos. Este enfoque, por un lado, tiene el efecto de que la policía no investigue (o no a fondo al menos) la historia alternativa que el acusado pudo haber manifestado, y que se aboque a la recopilación casi exclusiva de pruebas de cargo; y, por otro, que la fiscalía termine imputando los cargos respectivos solo sobre la base de esa perspectiva parcial. Complementando lo anterior, los jueces que con cierta frecuencia desestiman

su parte, con respecto a los falsos positivos, la intuición de partida habría sido que son mucho menos frecuentes y costosos que la otra clase de veredictos erróneos. E igualmente, el autor parece haber sobrevalorado los elementos corroborativos disponibles y subvalorado los que pudieran refutarla. Finalmente, en lo que concierne a las propuestas para solucionar el problema de la cantidad supuestamente exorbitante de falsos negativos, parece que solo sus ventajas fueron tomadas en cuenta<sup>27</sup>.

Si la anterior es una caracterización plausible, en el proceder de Laudan parece entonces haber rastros o manifestaciones de lo que técnicamente se conoce como un «sesgo de confirmación»<sup>28</sup>. ¿En qué consiste ese sesgo cognitivo? En un conjunto de estrategias que inconscientemente se despliegan para procurar que no se modifique, sino al contrario, para que solo se robustezca, al menos ante nuestros ojos, la opinión, perspectiva, preconcepción o impresión que ya se tiene con respecto a alguna cuestión. Entre las estrategias aludidas se encuentran precisamente la magnificación del papel y valor de la información que corrobora la posición preconcebida de que se trate y, por supuesto, la minimización (e incluso, anulación) del papel y valor de la información que pudiese ponerla en entredicho (Lidén, 2018: 53-55).

Pero, ¿cuál podría ser la posición prematura o preconcebida de la que partió Laudan? Si hubiese un sesgo confirmatorio esta debería poderse identificar. Sostengo que no es otra que la consideración del procedimiento acusatorio estadounidense, por parte del autor, como uno demasiado *amigable con la absolución*<sup>29</sup>. Esta consideración irrumpe en la escena desde su primer libro en este ámbito (Laudan, 2006<sup>30</sup>; 2013<sup>31</sup>). Y lo hace con la fuerza de una premonición del panorama sombrío sobre la frecuencia y costos de los falsos negativos que termina ofreciéndose en la obra posterior (Laudan, 2016).

---

los cargos en contra de los acusados son vistos con desaprobación; pero, además, su propia experiencia cotidiana en la ratificación de cientos y cientos de acuerdos entre los fiscales y los acusados puede ser interpretada como confirmatoria de la idea de que la mayoría de ellos son culpables, pues es natural que automáticamente se piense que eso, que son genuinamente culpables, es lo que explica que la policía y los fiscales respectivamente hayan recabado y presentado las pruebas de cargo de que se trate, y que los acusados admitan «voluntariamente» los hechos que se les imputa (2012: 116-118). Por su parte, el dato adicional que, en mi opinión, termina disminuyendo aún más la credibilidad de la *hipótesis de la liberación* y favoreciendo por tanto la hipótesis del prejuicio institucionalizado, tiene que ver con el componente racial en las opiniones de los jueces. Como destacan Givelber y Farrell, en síntesis, los jueces resultaron ser más propensos a condenar cuando los acusados son personas negras que cuando son hispanas o blancas. Asimismo, cuando las personas en cuestión eran negras, los jueces mostraron un mayor acuerdo con el veredicto del jurado que el que tendrían tratándose de personas blancas o hispanas, si este era condenatorio; y un menor acuerdo si el veredicto era absolutorio (2012: 120-136).

<sup>27</sup> Véanse las críticas 3 a 7 a Laudan que Aguilera (2025, p. 253-255) atribuye a Gardiner (2017), y las críticas 3 y 5 que el mismo autor (Aguilera, 2025: 257-261) atribuye a Findley (2018).

<sup>28</sup> Para conocer el estado del arte de la investigación sobre el sesgo de confirmación y particularmente cómo este se manifiesta en el ámbito procesal penal, véase (Lidén, 2020; 2018).

<sup>29</sup> A la cual me referí en una sección previa (la sección 2), llamándole *diagnóstico general*.

<sup>30</sup> Para su versión original en inglés.

<sup>31</sup> Para su versión traducida al castellano.

El punto es que ni siquiera la caracterización *preliminar* de aquel sistema, —repite, como uno demasiado amigable con la absolución—, parece haber sido el resultado de un balance neutral de los factores pertinentes. Sin embargo, que dicho diagnóstico fuese elaborado de un modo más imparcial era una expectativa fundada si se toman en cuenta las tareas que el propio Laudan (2006) atribuye a su fecundo e influyente proyecto de epistemología jurídica, cuyos cimientos quedan establecidos en la obra en cuestión. Veámoslo:

Como se sabe, a la manera de una extensión de lo que Laudan llama la «epistemología aplicada»<sup>32</sup>, la novedosa disciplina de la epistemología jurídica busca 1) determinar cuáles de las reglas procesales penales vigentes en alguna región o sistema (incluidas las probatorias) promueven o facilitan la averiguación de la verdad<sup>33</sup>, es decir, la minimización de los veredictos erróneos, tanto en el sentido de falsos positivos, como de falsos negativos, y; 2) proponer cambios en aquellas que se haya determinado que, al contrario, contribuyen a obstaculizar esos objetivos gemelos o, dicho de otro modo, a que aumente la probabilidad de que los referidos veredictos erróneos tengan lugar (Laudan, 2013: 23).

Planteadas así las cosas<sup>34</sup>, parecería que lo que uno iba a encontrar en la obra seminal en comento sería un *esfuerzo simétrico* que, con el mismo ahínco, intentase detectar, para el caso de la obstaculización de la verdad, tanto reglas que incrementan el riesgo de que se cometan condenas falsas, como reglas que incrementan el riesgo de que se cometan absoluciones falsas.

Sin embargo, en su conjunto, el libro constituye, por una parte, una suerte de manifiesto en contra de lo que en él se identifica como una inclinación estructural desbordada del sistema acusatorio estadounidense hacia el pronunciamiento de absoluciones y, por la otra, una denuncia, en aquel entonces un tanto velada, del problema de la sobreabundancia de las absoluciones falsas al que esa exagerada inclinación conduce, que ya desde esta instancia se anticipaba que es grave.

Como muestra, considérense las extensas listas de lo que Laudan llama reglas probatorias y reglas procesales que obstaculizan la averiguación de la verdad (Laudan, 2013: 197-198, 204). Entre ellas, no hay ninguna que aumente el riesgo de condenar

<sup>32</sup> Que, siguiendo a Laudan (2013: 23), es el estudio orientado a determinar si las distintas formas de organizarnos para averiguar la verdad acerca de alguna cuestión o asunto preponderantemente empírico en el que estemos interesados —formas que dan lugar a sistemas sociales como, aunque no solo, las ciencias—, cuentan o no con un diseño adecuado (originalmente deliberado o no) a los efectos de permitirles la obtención de ese objetivo, el cual, dicho de un modo más directo, consiste en generar creencias verdaderas acerca del mundo (natural y/o social).

<sup>33</sup> De la verdad acerca de si un delito fue o no cometido y, en su caso, quién lo cometió.

<sup>34</sup> Obviando por ahora 1) el problema de que el acento del proyecto se pone en el análisis casi exclusivo de reglas (legislativas, pero, sobre todo, de origen jurisprudencial), en lugar de abrirse también a la consideración de lo que realmente ocurre en la práctica, que, para nuestra sorpresa, bien puede subvertir lo plasmado en aquellas, y; 2) el problema de su escasa e incluso nula atención a las fases previas a la del juicio oral propiamente dicha, en especial, a la etapa de investigación.

falsamente. Todas son, por volver a usar la expresión, amigables con la absolución (y, por tanto, factores que llevan al alza el riesgo de absolver falsamente)<sup>35</sup>.

No es sino hasta diez años después<sup>36</sup> que Laudan (2016: 119-120) identifica algunas pocas de las reglas que aumentan el riesgo de una condena falsa<sup>37</sup>. Y no, no es que estas reglas no existieran desde antes; no es que de pronto hayan surgido en el periodo transcurrido entre su primer libro y el segundo. Es solo que, en esa primera incursión en la reflexión epistemológica sobre el proceso penal estadounidense, Laudan no consideró que ameritaran siquiera la mención de pasada que de ellas hace en su obra posterior.

Por otro lado, con respecto a la cuestión de las absoluciones falsas, ya desde esta primera obra puede constatarse, como adelanté, que para el autor constituyen un problema acuciante al decir que «[...] una de las tesis principales de este libro es que, dada la manera en que funcionan actualmente las cosas, *el sistema de impartición de justicia de los Estados Unidos permite, e incluso fomenta, la producción de más absoluciones falsas de las necesarias o deseables*» (énfasis añadido, Laudan, 2013: 111).

Asimismo, puede percibirse también ya el coqueteo del autor con la idea de la reincidencia cuando afirma que «[...] el costo principal de una absolución falsa es que un delincuente genuinamente culpable eluda el castigo correspondiente y quede libre, *quizá para cometer otros delitos*» (énfasis añadido, Laudan, 2013: 111). Y luego cuando sostiene que «[...] el mensaje que se envía a otros *delincuentes potenciales* es que *quizá también ellos puedan evitar ser perseguidos y castigados por los delitos que*

<sup>35</sup> Algunos ejemplos de estas reglas son: la que, aun si hubiesen sido voluntarias y estuviesen corroboradas, requiere la exclusión de las confesiones rendidas por los acusados si es que previamente no fueron informados de los derechos que, con base en el famoso caso Miranda, les asisten, o si fueron arrestados sin causa probable o fundada; la que, pese a su relevancia, prohíbe a la acusación tanto el uso de pruebas ilícitamente obtenidas, como el de las que pudiera haber encontrado siguiendo la pista de aquellas; la que impide a la acusación ofrecer pruebas de la personalidad y/o antecedentes del acusado, salvo que sea para impugnar las del mismo tipo que el propio acusado haya aportado a su favor; la que requiere de la inadmisión de pruebas que puedan prejuiciar injustamente al jurado en contra del acusado; la que impide informar al jurado de la negativa del acusado a responder los interrogatorios de la policía en las fases previas al juicio; la que impide que se apelen las absoluciones y que los miembros del jurado revelen lo discutido en sus deliberaciones, pese a que exista sospecha de graves irregularidades y/o de conducta inapropiada de parte de estos; la que no le permite a la acusación exigir que el acusado «descubra» sus pruebas, salvo que este se lo exija a ella primero; etcétera.

<sup>36</sup> Digo diez años después porque estoy considerando como referencia la versión original en inglés de ese primer libro, es decir, la de 2006.

<sup>37</sup> Como la que le otorga a los fiscales una amplia discreción con respecto a los cargos que puede imputarle al acusado, de modo que, en el contexto de la negociación respectiva estos pueden valerse de esa discreción para lograr que el acusado acepte al menos alguno de los cargos «a elegir», en principio, el menos lesivo de sus intereses (aun si no cometió el delito de que se trate); o la que les facilita a los fiscales la obtención de testimonios que incriminan al acusado permitiéndoles que ofrezcan tratos atractivos a sus supuestos cómplices, o bien inmunidad a otras personas respecto de los delitos que los fiscales pudieran achacarles (ahí la amenaza), a cambio de que renuncien a su derecho de invocar la quinta enmienda y, por tanto, de que declarén en contra del acusado en cuestión.

*pudieran perpetrar.* De hecho, presumiblemente *los índices de criminalidad podrían aumentar si se observa que las absoluciones falsas son un fenómeno frecuente*» (énfasis añadido, Laudan, 2013: 111).

Hablando de costos, es interesante percibirse de que los que en el trabajo en commento Laudan está dispuesto a atribuir a las condenas falsas, comprenden «[...] la mancha permanente en el buen nombre de la persona inocente que es erróneamente condenada, la privación de su libertad por el tiempo que dure el encarcelamiento, así como la pérdida de ciertos beneficios importantes asociados a su estatus de ciudadano (por ejemplo, en ocasiones, el derecho a votar)» (énfasis añadido, Laudan, 2013: 111). No es que haya habido aquí un gran esfuerzo por continuar dilucidando los costos de una condena falsa; lo que creo que vale la pena destacar, no obstante, es que al menos esos costos eran, en esta instancia, mayores que los que termina contemplando en su segundo libro (Laudan, 2016), los cuales, como se ha visto, se reducen al del inocente privado de su libertad (considerado por el autor tan víctima como la víctima del delito respectivo mismo), aunado a los delitos graves que en promedio al año cometerá el verdadero perpetrador del delito por el que al inocente equivocadamente se condenó.

En lo que toca a la frecuencia tanto de absoluciones como de absoluciones falsas, también desde aquí el autor muestra su sospecha de que es muy elevada. Contra quienes sostendrían que no se debe exagerar la dimensión de las segundas por pensar que la gran mayoría de las sentencias de los casos que llegan a juicio son condenatorias, Laudan (2013: 112) arremete primero citando la cifra de las 14 mil absoluciones que anualmente se pronuncian a nivel estatal y federal, la cifra de 300 mil acusados a quienes les son retirados los cargos, y el dato de que a la mitad de los sospechosos inicialmente arrestados (pero no acusados formalmente), se les deja ir. Ante esto, sostiene el autor, aunque seamos conservadores en la estimación de la cifra de culpables materiales que permitimos escapar de la justicia (en gran medida como resultado del elevado estándar de prueba imperante), podríamos estar hablando de *decenas de miles* de absueltos<sup>38</sup> falsamente por año (incluso de *centenas de miles*).

Un último asunto al que quiero llamar la atención es la tendencia de Laudan a emplear estudios empíricos, como el de Feeney y otros (1983), que explícitamente reconocen haberse basado en una sola de las perspectivas respecto de la probable culpabilidad o inocencia de los acusados: la perspectiva de la policía y de los fiscales. Estos estudios documentan que, en opinión de los actores mencionados, «... *la mayoría de los sospechosos que son arrestados, pero no condenados, son culpables*» (énfasis añadido, Laudan, 2013: 112). Laudan concede que la policía y los fiscales podrían estar equivocados, sin embargo, tiene grandes dudas de que sea así. Y la razón para dudar por parte del autor, la cual va en contra de la idea de que quienes rechazan el trato que la fiscalía pudo ofrecerles y optan por ir a juicio son en su mayoría gente inocente,

<sup>38</sup> En la acepción amplia de absolución, que comprende no solo las sentencias de esa modalidad, sino también las destituciones de cargos.

es que no necesariamente es así. ¿Por qué? Porque, según Laudan (2013: 113-114), gracias al muy elevado estándar de prueba vigente, la cuestión de si se es realmente inocente o culpable pasa a un segundo plano en lo que concierne a la decisión de proseguir con un juicio. Lo importante y estratégico para tales efectos es, más bien, establecer si la fiscalía cuenta con pruebas de la entidad suficiente como para superar aquel estándar riguroso. Y cuando se juzga que no es así, eso es una buena noticia no solo para los acusados materialmente inocentes, sino también (y, sobre todo, según Laudan) para los materialmente culpables.

## 5. RÉQUIEM POR EL NÚCLEO DURO (O HARDCORE) DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Aunado a lo dicho hasta el momento y yendo un paso todavía más atrás, considérese también la propia estructura del trabajo bajo análisis como indicio de una visión que ya venía sesgada, veámoslo: Luego del capítulo introductorio<sup>39</sup>, vienen las dos grandes partes que lo conforman. En la primera (que va del capítulo II al IV), se abordan las cuestiones que atañen a lo que Laudan (2013: 173-174) denomina el «núcleo blando» (o *softcore*) de la epistemología jurídica, o sea, los dispositivos procesales que piensa que, *de forma exclusiva*, deben usarse para contribuir a que los errores previsibles se distribuyan de un modo socialmente aceptable, es decir, de un modo *que refleje sus costos relativos*. Por esta razón, en su conjunto, los dispositivos aludidos, —y repito, solo ellos, según Laudan—, deben sentar las bases o crear el entorno propicio para volver más probable que, cuando se cometan errores<sup>40</sup>, estos preponderantemente pertenezcan a la clase de los menos costosos, los cuales, al menos en la mayoría de las sociedades occidentales (y por el momento), no son otros que las absoluciones falsas<sup>41</sup>. Esos dispositivos se corresponden con lo que antes llamé la tradicional estructura acusatoria tripartita conformada por la presunción de inocencia, la carga del Estado de probar la culpabilidad y un elevado estándar de prueba, aunque es a este último al que Laudan le presta la mayor atención<sup>42</sup>.

Como puede observarse, entonces no es que Laudan rechace toda inclinación estructural hacia la absolución por parte del sistema acusatorio, lo cual implica que tampoco rechaza lo que esa inclinación conlleva, a saber, el aumento del riesgo (o de la probabilidad) de que se cometan más absoluciones falsas que condenas falsas (cuando el sistema incurre en la emisión de veredictos erróneos). Las cuestiones son cómo y cuánto aumentar esa probabilidad.

<sup>39</sup> Una magistral pieza analítica, por cierto.

<sup>40</sup> Posibilidad que, por más esfuerzos que hagamos, solo puede reducirse, más no erradicarse del panorama.

<sup>41</sup> Nótese que no se dice que estas no tengan costo alguno. Este puede ser muy alto; incluso tan alto como Laudan piensa. Lo que sí se afirma (por Laudan y la mayoría de autores) es que, comparada con una condena falsa, absolver al culpable es algo menos grave.

<sup>42</sup> Particularmente en los capítulos II y III.

La respuesta al cómo es únicamente mediante el empleo del estándar de prueba. Ello presupone la previa instauración de la presunción de inocencia, que le traslada la carga de probar la culpabilidad a la fiscalía, de modo que el estándar de prueba especifica el umbral de cuya satisfacción depende el desahogo exitoso de dicha carga.

Por su parte, la respuesta al cuánto tiene que ver, para Laudan, con el *adecuado empleo* de la teoría de las utilidades esperadas. En este orden de ideas, desde la perspectiva de quien diseña el sistema, el punto en el espectro de los grados progresivos de la culpabilidad aparente (de un acusado)<sup>43</sup> en el que se debería fijar el estándar de prueba<sup>44</sup>, sería aquel en el que las utilidades de las cuatro modalidades posibles de un veredicto convergen<sup>45</sup>.

A esta pauta, Laudan la denomina «principio de indiferencia». ¿Por qué? Porque justo en el punto en el que seríamos indiferentes con respecto a si debería absolverse o condenarse —o sea el punto en el que las utilidades de las cuatro modalidades de un veredicto coinciden o en el que las líneas que las representan se entrecruzan—, es donde el estándar probatorio debe establecerse. Ese punto en el espectro de valores progresivos y probabilísticos de culpabilidad aparente recoge toda la dosis de protección al acusado (en especial al materialmente inocente) que esperamos inyectar al sistema, es decir, toda la cuota de beneficio de la duda<sup>46</sup> que desearíamos racionalmente concederle (siempre y cuando la teoría de las utilidades esperadas haya sido correctamente aplicada, claro está).

Siendo así, y para no alterar el equilibrio alcanzado a través de este procedimiento, Laudan proscribe la concesión indirecta de más y más dosis de beneficio de la duda al acusado<sup>47</sup>. De ahí su férrea oposición, y el calificar como demasiado amiga-

<sup>43</sup> O sea, de la probabilidad de culpabilidad del acusado que resulta de la adecuada valoración de las pruebas disponibles.

<sup>44</sup> Espectro al que podríamos imaginar como una línea horizontal a la manera del eje X de un plano cartesiano.

<sup>45</sup> Dichas utilidades serían mayores o tendrían valores altos para el caso de las modalidades correctas (condena verdadera y absolución verdadera), pues representan sus beneficios, y serían menores o tendrían valores bajos para el caso de las modalidades erróneas (condena falsa y absolución falsa), pues representan sus costos.

<sup>46</sup> Beneficio de la duda en el sentido de la cantidad y calidad de las pruebas, por encima del punto que representa el valor 0,5 de culpabilidad aparente (es decir, por encima del estándar de la preponderancia de las pruebas), que, como sociedad estamos dispuestos a que el juzgador obvie o ignore en contra del acusado. O sea, toda la gama de valores de culpabilidad aparente, —repito, por encima del punto que representa el valor 0,5—, que estamos dispuestos a que ameriten la absolución del acusado (en efecto, pese a que en su contra existan pruebas en cuya base se pueda decir que este es probablemente culpable en términos materiales; de lo contrario, no tendría mucho sentido llamarle «beneficio de la duda»).

<sup>47</sup> Indirecta porque el único medio directo y legítimo que, según Laudan, debería emplearse para la concesión de la dosis racionalmente atemperada de beneficio de la duda al acusado consiste, como ya sabemos, en fijar el grado de exigencia que el estándar de prueba deberá tener para luego ser empleado por los juzgadores como criterio de suficiencia, o sea, como pauta para evaluar si la fortaleza del caso que la fiscalía presenta alcanza para poder dar válidamente por probada la hipótesis de culpabilidad cuya verdad defiende.

bles con la absolución o excesivamente garantistas, a las reglas que tienen el efecto de que se excluyan pruebas de cargo relevantes, y a cualquier otra que de algún modo le otorgue mayores ventajas al acusado. —«Siguiendo el procedimiento establecido, es decir, respetando el principio de indiferencia, ya se ha hecho todo lo razonable para canalizar la preocupación de no condenar erróneamente; el resto son concesiones gratuitas, injustificadas del todo, que terminan beneficiando sobremanera al acusado materialmente culpable, facilitando su absolución»—, sostendría el autor.

Establecida entonces la importancia capital del principio de indiferencia<sup>48</sup>, la segunda parte del libro (conformada por los capítulos del V al IX) se aboca de lleno a intentar aplacar la rebelión que contra él se gesta por parte, como se dijo, de todas esas reglas que engrosan de más el cinturón de protección para el acusado que, según Laudan, previamente ya fue creado por virtud del estándar probatorio, superior al de la preponderancia de las pruebas, que resulte racional implementar<sup>49</sup>.

Esta agenda, en mi opinión, es en realidad una continuación de lo que el autor definió como el *softcore* de la epistemología jurídica. ¿Por qué? Porque se centra en denunciar y sugerir que se modifique todo aquello que no sea consistente con el principio de indiferencia, es decir, todo lo que aumente la probabilidad de que los errores se *distribuyan* de modo aún más favorable a la absolución falsa de lo que ya de por sí ese principio garantiza.

El punto es que una agenda con esas características se queda corta respecto de lo que el capítulo V anuncia que será abordado en el resto del libro, a saber, supuestamente ahora sí las cuestiones del «núcleo duro» (o *hardcore*) de la epistemología jurídica. Esas cuestiones en teoría tienen que ver no ya con la contribución del sistema a que los veredictos erróneos se *distribuyan* del modo socialmente aceptable, sino con lo que de entrada haría *que fuesen menos* los errores que luego habrían de distribuirse de ese modo, es decir, con el perfil de las reglas que contribuirían a *minimizar* la ocurrencia tanto de falsos positivos, como de falsos negativos.

Sin embargo, esas cuestiones no son tratadas, o no con la neutralidad esperable. ¿Por qué? Porque, como he intentado mostrar antes, en el elenco de reglas que Laudan identifica y discute no hay reglas amigables con las condenas falsas, sino solo reglas amigables con los falsos negativos. Y, como también antes destaqué, no es que

<sup>48</sup> Principio que, vuelvo a decirlo, prescribe introducir en el sistema la dosis de beneficio de la duda que se espera que se conceda al acusado a través (y solo a través) del grado de severidad del estándar de prueba que resulte amparado por el uso correcto de la teoría de las utilidades esperadas.

<sup>49</sup> Entre las reglas que son discutidas a fondo están la que confiere a los acusados el derecho a guardar silencio, la que le permite a los testigos ampararse en la quinta enmienda para no autoincriminarse, las reglas que crean distintas categorías de testigos «privilegiados» (capítulo VI), la que ordena la exclusión de las confesiones obtenidas ilícitamente, así como de las pruebas que resulten de usar la información contenida en dichas confesiones (capítulo VII), el principio *non bis in idem* que se invoca para impedir la apelación de las absoluciones (capítulo VIII), la regla que promueve la exclusión de las pruebas que injustamente puedan prejuiciar al jurado en contra del acusado, y la que prohíbe el empleo de pruebas obtenidas sin la respectiva orden de registro y catedo (capítulo IX).

no las hubiese, sino que el autor opta por no incluirlas o, quizá más bien, escapan de su foco de atención por lo arraigado que, a esas alturas, ya parece encontrarse el pre-diagnóstico de que lo que se tiene enfrente es un cuadro grave de hipergarantismo, que debe ser contenido de manera prioritaria y urgente.

## 6. LA DILUCIÓN DE LA ESTRUCTURA ACUSATORIA TRIPARTITA

En la segunda sección del trabajo, al referirme al que poco a poco ha emergido como el acérrimo enemigo de Laudan, el hipergarantismo, di a entender que consiste en el efecto que en la operación de los sistemas acusatorios tiene la actitud de insistir en la reducción por todas las vías posibles del riesgo de una condena falsa; actitud que suele traducirse en ir «más allá» de la dinámica probatoria a la que la tradicional estructura tripartita de estos sistemas los condiciona. Y sostuve también que dicha estructura está conformada por la presunción de inocencia, la carga del Estado de probar la culpabilidad y el estándar de «prueba más allá de toda duda razonable» (PMATDR).

Lo que pondré ahora de relieve es que ni siquiera esa estructura básica y en buena medida identitaria de los sistemas acusatorios queda a salvo del asedio al que Laudan los somete motivado por su afán de reducir la sobreabundancia de soluciones falsas<sup>50</sup>.

De lo anterior podemos percarnos, por un lado, cuando entendemos que el principio de indiferencia por el que aboga Laudan<sup>51</sup> no es sino la extensión de la teoría de las utilidades esperadas al terreno de la decisión sobre el grado de exigencia del estándar de prueba penal. Y, por otro, al caer en la cuenta de que, al serlo, ese grado de exigencia ha quedado sujeto precisamente a aquello de lo que esta teoría toma su nombre: a las utilidades o costos relativos que estemos dispuestos a asignar tanto a los falsos positivos como a los falsos negativos. Dado que nada garantiza que dichas utilidades o costos, incluso suponiendo que han sido razonablemente dilucidados, permanezcan estables, igualmente fluctuante se torna la naturaleza del estándar de prueba penal.

A esa fluctuación Laudan (2013: 21-22) le da la bienvenida inclusive desde las primeras líneas de la obra en comentando cuando, para abrir, describe los tres grandes objetivos que según él son *evidentes* si se observa de cerca el sistema de justicia penal estadounidense (y el de la mayoría de los países occidentales). Me referiré a continuación, a los dos más importantes: el primero de ellos es el de averiguar la verdad sobre el delito en cuestión, por tanto, el de evitar el pronunciamiento de veredictos falsos. El segundo, parte de la sensata advertencia de que, por más esfuerzos que hagamos,

<sup>50</sup> Problema de cuya gravedad el autor pretende habernos persuadido a la luz de la supuesta prueba empírica que aporta en su segundo libro.

<sup>51</sup> Véase la primera parte de la sección previa.

una cuota de esos errores será inevitable, tanto porque el acervo de pruebas del que se logra disponer sufre regularmente de algún grado de incompletitud, como porque el juicio humano, sin importar lo bienintencionado y competente que pudiera ser, es falible. Siendo así, ese segundo objetivo consiste en dilucidar cuál de las clases posibles de error es la más costosa, una condena falsa o una absolución falsa; para luego contribuir a su reducción en detrimento de la otra. Nótese que este objetivo no se formula directamente como el de contribuir a la reducción de las condenas falsas pagando por ello el precio del crecimiento de las absoluciones falsas, sino que su articulación se mantiene neutral, es decir, sin asumir de forma clara ese compromiso. En mi opinión, ya desde aquí se está preparando el terreno para posteriormente presentar al estándar de prueba como un dispositivo maleable o ajustable, sujeto a los designios de la teoría de las utilidades esperadas.

Y claro, esa maleabilidad podría dar pie a que el grado de exigencia del estándar se eleve por encima del valor probabilístico con el que suele asociarse a la expresión «prueba más allá de toda duda razonable» (PMATDR), que es el valor de 0.9; pero también a que caiga por debajo de dicho valor. Sin embargo, que el estándar solo vaya en descenso es de lo que Laudan quiere asegurarse al plantear las cuestiones a las que me referiré a continuación.

Pero antes, cabe mencionar que si la asignación de costos, en esa espiral de descenso en la que podría caer, se desplomase hasta llegar al punto de que ambas clases de veredictos erróneos se consideren igualmente costosas, no tendría sentido entonces preservar la presunción de inocencia, ni la carga del Estado de probar la culpabilidad, pues en tal caso, el estándar que correspondería emplear sería el de la preponderancia de las pruebas (es decir, el de 0,5+), o incluso uno menor si las cosas llegan al extremo de que sean las absoluciones falsas, en lugar de las condenas falsas, el error percibido como el más costoso<sup>52</sup>.

Ahora sí, vayamos a las cuestiones que el autor pone en la mesa para persuadirnos de que el estándar racional debe ser menos exigente que PMATDR:

1) La expresión «PMATDR», de inicio, está afectada de una dosis muy considerable de indeterminación. Ni siquiera las mentes jurídicas más sagaces han podido dar cuenta de su significado (Laudan, 2013: 66-68). Al contrario, han llevado las cosas al punto de sostener que se trata de una noción no solo autoevidente, sino elusiva de cualquier intento de definición (pp. 83-88). Esto no sin antes haber propuesto supuestas clarificaciones que terminan yendo en contra de la certeza jurídica al truncar la aplicación uniforme del estándar en cuestión (pp. 68-74). ¿Por qué? Porque suelen hacer que la satisfacción de PMATDR dependa de cuestiones muy subjetivas, por ejemplo, de si el juzgador considera su convencimiento de que el acusado es culpable lo suficientemente parecido en grado, al convencimiento que, en otros contextos de

<sup>52</sup> Escenario para el cual es más apropiada una presunción de culpabilidad (en lugar de una de inocencia), cuya condición de derrotabilidad sea la prueba, a un estándar muy elevado, de que el acusado no cometió el delito de que se trate. Las cosas al revés, para decirlo rápido.

su vida cotidiana, ha experimentado como paso previo a la toma de decisiones prácticas importantes (pp. 68-69).

2) El estándar PMATDR y la ratio de 10 absoluciones falsas por cada condena falsa que (supuestamente) contribuye a implementar, pueden resultar muy inapropiados en virtud de un escenario imaginable en el que, en un determinado periodo, haya habido digamos 100 veredictos y 9 de ellos fuesen condenas falsas. Si la distribución del error tiene que ser de 10 a 1, debería por tanto haber 90 absoluciones falsas, con lo cual se llega al absurdo de que solo un veredicto podría ser materialmente correcto (ya sea de absolución o de condena), a saber, el veredicto restante para completar los 100 que se ha supuesto que se emitieron (pp. 116-117).

3) La ratio de 10/1 tan comúnmente asociada a PMATDR parece más una intuición acerca de la distribución de errores deseada (bienintencionada, sin duda), que una ratio bien fundada en el empleo correcto de la teoría de las utilidades esperadas. Al ser atemperados los costos de las condenas falsas y de las absoluciones falsas mediante la consideración de las utilidades o beneficios de las absoluciones verdaderas y de las condenas verdaderas, —que es a lo que, según Laudan y Saunders (2009) conduce la aplicación depurada de la teoría en cuestión—, no parece haber forma racional de obtener esa distribución, conocida como ratio Blackstone, sino solo distribuciones menos desproporcionadas en lo que atañe a la manera en que favorecen a las absoluciones falsas. De hecho, como se vio en el tercer apartado del trabajo, según los cálculos de Laudan resultantes de tomar en cuenta su métrica de víctimas y los «datos» en los que se basó, las condenas falsas son solo 2 (y no 10) veces más costosas que las absoluciones falsas.

4) Algo que puede estar causando la distorsión de costos implícita en la ratio Blackstone es la automática asociación que el ciudadano común (y aparentemente también el legislador) suele hacer entre el derecho penal y la expresión más severa de la potestad punitiva conferida al Estado: la pena de muerte (pp. 96-101). PMATDR podría ser el estándar apropiado para los delitos que enfrenten esa consecuencia, y *solo para esos casos*, pues, por definición, los daños a la víctima de una condena falsa en esas circunstancias, son irreparables; pero esta medida, la pena de muerte, no es, ni de cerca, de aplicación generalizada en los Estados Unidos (ni en buena parte del mundo). Es más, hay una buena cantidad de delitos que ni siquiera ameritan estancias en prisión como castigo. Por tanto, no parece razonable tampoco en esos casos que PMATDR sea el estándar aplicable, pues muestran que la consecuencia de un veredicto condenatorio en materia penal a veces no se compara incluso ni con ciertas repercusiones de perder un asunto en el ámbito civil, que, por ejemplo, pueden tener que ver con el pago de una suma de dinero muy cuantiosa a título de daños y perjuicios. Y cabe recordar, nos pide Laudan, que en el ámbito de la mayoría de dichas controversias civiles ya de entrada está vigente el estándar de la preponderancia de las pruebas, es decir, uno bastante inferior a PMATDR, el cual meramente requiere, para que una afirmación fáctica sea declarada probada, que esta sea más probable que su negación (pp. 93-95).

5) La estructura acusatoria tripartita ya de hecho se trastoca en Estados Unidos (y quizá en muchas regiones más). Esto ocurre cuando la normativa procesal traslada al acusado la carga de probar, usualmente al estándar de la preponderancia de las pruebas, las llamadas defensas afirmativas (como la inimputabilidad o la defensa propia) que haya invocado, lo cual implica que en el acusado cae la losa de tener que demostrar activamente su inocencia (pp. 165-170).

## 7. EN NOMBRE DE LA CIENCIA, LA FILOSOFÍA Y LA EVIDENCIA EMPÍRICA

Interesante es observar cómo a esta cruzada contra el hipergarantismo —que, como se ha visto, no se limita a identificar y sugerir el cambio de las reglas amigables con la absolución adicionales a la tradicional estructura acusatoria tripartita, sino que también atenta contra ella (especialmente contra el estándar PMATDR)—, Laudan la presenta como aquello que resulta de asumir una perspectiva neutral, filosófica, científica y sensible a la consideración de la información empírica pertinente; en suma, como algo que no podemos sino aceptar si hemos de mantenernos dentro del perímetro de la racionalidad.

En respaldo de lo anterior, considérese el experimento mental que Laudan (2013: 25-32) se propone hacer con respecto a un procedimiento penal: suponer cómo luciría, qué configuración tendría, si la averiguación de la verdad sobre si un delito ocurrió y si fue así quién lo cometió, fuese nuestra única preocupación.

Dicha forma de proceder es comparada por el autor (pp. 27-29) con la estrategia que Galileo siguió para comprender más nítidamente el fenómeno de la caída de los cuerpos, la cual consistió en suprimir momentáneamente la consideración de factores obviamente relevantes (como la forma y el peso de aquellos, o el medio por el que caen), para centrarse solo en el papel de la fuerza de gravedad. De ahí el emparentamiento de su metodología con la ciencia<sup>53</sup> y, por supuesto, con la filosofía, misma que con frecuencia recurre justamente a experimentos mentales como este para probar algún punto y, sobre todo la de corte más analítico, a presentar de la forma más clara y precisa posible el aparato conceptual del que se valdrá; tal como también hace Laudan al plantear las distinciones que para él serán cruciales, como la que diferencia entre la culpabilidad y la inocencia materiales y la culpabilidad y la inocencia probatorias (pp. 36-37, 147-151), o la distinción entre diversas clases de error (pp. 33-44): error lógico o epistémico, error procesal, error inferencial, etcétera.

Luego de explicar las características de su experimento mental, Laudan (*Ibidem*, p. 31) también manifiesta su inclinación por la *naturalización* de la filosofía. Y de ahí su vínculo con el acopio de evidencia empírica siempre que esté disponible y sea

---

<sup>53</sup> Por supuesto, en adición a ser él, Larry Laudan, uno de los más prestigiosos filósofos de la ciencia de su época, quien la propone.

relevante para la cuestión filosófica que esté siendo abordada. Esto supuestamente se muestra en todo su esplendor en el diagnóstico específico con respecto al panorama de las absoluciones falsas que el autor ofrece en su segundo libro (Laudan, 2016).

Continuando con el experimento mental aludido, Laudan plantea el objetivo del mismo afirmando lo siguiente: «[...] si hemos de *comprender adecuadamente el núcleo de las cuestiones epistémicas que están en juego en el diseño y operación de los procesos penales*, es mejor que, en un principio y *solo temporalmente*, hagamos a un lado cualquier otra consideración» (énfasis añadido, Laudan, 2013: 27).

¿A qué otras consideraciones se refiere principalmente el autor cuando sugiere que es mejor que las hagamos a un lado de forma momentánea? Justamente a las que tienen que ver con el interés en brindar al acusado protecciones en contra de una condena falsa. Esto puede constatarse en pasajes como los siguientes:

- 1) «[...] mi intención ... consiste en abrir un espacio conceptual en el que podamos discutir cándidamente [...] sin toparnos *inmediatamente con la supuestamente infranqueable objeción del tipo «pero x es un derecho» o «x está ordenado (o prohibido) por la Constitución»* [...] trataré (por tanto) de adherirme al punto de vista de que *cuanto menos se hable de derechos, tradiciones y doctrinas jurídicas, y de derecho constitucional, será mejor*» (énfasis añadido, Laudan, 2013: 28-29).
- 2) «[...] en tanto los juristas sigan creyendo [...] que ciertas reglas procesales establecidas judicialmente, *como, por ejemplo, la supresión de confesiones obtenidas mediante coerción*, facilitan y promueven la averiguación de la verdad, —cuando, de hecho, tienen el efecto opuesto—, *no puede haber más que confusión en lo que concierne a la cuestión de si se está contribuyendo a la verdad y cuándo*» (énfasis añadido: 31).
- 3) «[...] me aproximo a las cuestiones referidas *como un filósofo que observa el fenómeno jurídico desde fuera*, y no como un abogado que opera desde dentro [...] desde esta óptica *me encuentro menos interesado en cosas como los derechos de los acusados (en contraste con el interés que pudiera tener en estos asuntos un promotor de las libertades civiles o un abogado defensor)*, y más preocupado en cuán efectivo es el sistema de justicia penal en términos de producir fallos verdaderos» (énfasis añadido: 31-32).

Ahora bien, que la supresión de consideraciones ajenas al objetivo de averiguar la verdad dure solo lo que tome la realización del experimento mental mencionado, del que supuestamente se extraerán lecciones importantes sobre los rasgos de una genuina configuración promotora de la verdad del procedimiento penal, parece una buena noticia en virtud de la promesa de ser retomadas en una segunda fase.

El problema es que, una vez identificadas las lecciones a las que conduce su experimento mental, estas son ahora presentadas como la única ruta imparcial y racional que se puede seguir, o sea, como un conjunto de principios prístinos, limpios de impurezas al haber sido expuestos al fuego de la razón desinteresada. De ahí la disposición de Laudan (2013: 28) a no abandonarlos.

¿Por qué esto es un problema? Porque con base en el recorrido que nos ha traído hasta aquí, es plausible afirmar que a esos principios no se llegó de forma tan desinteresada. Esto parece especialmente claro en el caso del principio de indiferencia, pues con su sola postulación comienza ya la embestida de Laudan contra la inclinación estructural del proceso acusatorio hacia la absolución, con la que, en teoría, está de

acuerdo. Como sabemos, dado su vínculo con la teoría de las utilidades esperadas, dicho principio vuelve al grado de exigencia del estándar de prueba dependiente del veredicto al que conduzca el empleo de esa teoría (que a su vez depende de las fluctuantes utilidades o costos que les sean asignados a ambas clases de veredictos erróneos); y como sabemos también, dados los argumentos del autor, especialmente el que tiene que ver con el empleo correcto de la teoría en cuestión, ese grado de exigencia no puede razonablemente corresponderse con PMATDR, sino con alguno inferior, aunque en principio no tan bajo como el de la preponderancia de las pruebas.

En este orden de ideas, es cierto que las consideraciones ajenas a la averiguación de la verdad son eventualmente retomadas (a las que Laudan considera ligadas a la defensa de valores distributivos del error y extra-epistémicos). La cuestión es que vuelven teniéndose ya el telón de fondo conformado por el principio de indiferencia, cuya observancia, recordemos, según Laudan, garantiza que toda la dosis de beneficio de la duda a favor del acusado que es racional inyectar al sistema, le ha sido ya concedida.

De modo que sí, como vengo diciendo, esas consideraciones reaparecen, pero lo hacen revestidas de un halo de ilegitimidad o, al menos, de sospecha, toda vez que Laudan detecta que son invocadas como el fundamento de las reglas respecto de las cuales ya está dispuesto 1) a tildar de excesivamente amigables con la absolución (pues otorgan ventajas al acusado adicionales a la supuesta gran concesión que a su favor se ha hecho elevando al estándar de prueba aplicable por encima del de la preponderancia de las pruebas) y, por tanto, 2) a sugerir su eliminación.

Por su parte, como es de suponerse, algunas de esas reglas son profundamente apreciadas, y creo que, con mucha razón, pues le confieren al acusado derechos tan importantes como el de no cooperar con la policía en la etapa de investigación, el de guardar silencio durante su juicio, o el de que las pruebas en su contra, incluida su confesión, sean excluidas si fueron ilícitamente obtenidas. De ahí la resistencia, proveniente ahora de la contraparte jurídica de la ecuación, a que simplemente desaparezcan.

## 8. UNA PECULIAR TEORÍA UTILITARISTA DE LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO

Pienso que es plausible sostener que el origen de la cruzada de Laudan contra el espectro de las absoluciones falsas tiene que ver con la suscripción por parte del autor de una específica teoría utilitarista acerca de la justificación del castigo. Antes de esbozar dicha teoría voy a referirme a un conjunto de premisas con las que esta parece más compatible y que, en virtud de ello, le sirven de punto de partida. Estas son: 1) la criminalidad es un fenómeno persistente y en ascenso que desborda las capacidades limitadas del sistema de administración de justicia penal; 2) una gran proporción de quienes cometen delitos, sobre todo delitos graves, son o se convierten en reincidentes, en buena medida debido a un sistema inefectivo que no actúa con la fuerza represiva suficiente para ponerle un alto a sus carreras criminales, al menos

durante un tiempo; 3) la respuesta insuficiente del sistema se agrava en virtud de una serie de concesiones a favor de los acusados, fundadas más en el apego acrítico a ciertas tradiciones y mitos heredados, que en su racionalidad; 4) la perspectiva de quienes oficialmente combaten este flagelo,—policías, fiscales e incluso los jueces—, es la más fiable, especialmente respecto del grado en que las pruebas recabadas en contra de los acusados justifica la inferencia de que son culpables, y; 5) es *urgente* que se tomen medidas al respecto.

Con base en estas premisas<sup>54</sup>, la teoría acerca de la justificación del castigo que pretendo poner de relieve respondería a la pregunta de por qué o de qué sirve castigar, del modo siguiente: porque imponiéndolo, especialmente en la modalidad de privar de la libertad al condenado, se da una respuesta proporcional a lo alarmante del problema de la criminalidad, contribuyendo a contenerla e idealmente a reducir sus índices; en el mejor de los casos, disuadiendo a los criminales de que cometan delitos en el futuro mediante el estímulo desagradable que representa el estar en prisión y, en el peor, cuando estos son ya incorregibles, incapacitándolos para que continúen dañando a otros, por un tiempo al menos (de preferencia prolongado).

Desde una perspectiva así, es natural que la inclinación estructural del sistema acusatorio a absolver sea vista, primero, no como un dique infranqueable que debe implementarse para limitar los abusos en los que el Estado puede incurrir, sino como un acto de magnanitud; y, segundo (a consecuencia de lo anterior), como una política que debe ser constantemente revisada, teniéndose siempre en mente el costo en víctimas atribuible a las absoluciones falsas. Pero nada garantiza que esa inclinación deba mantenerse, pues estaría justificado eliminarla si el costo de las absoluciones falsas se llegara a equiparar con, o llegara a superar, el de las condenas falsas.

## 9. REFLEXIÓN DE CIERRE: ESBOZO DE UNA TEORÍA ALTERNATIVA DE LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO Y DE UN PROGRAMA DE EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA BASADO EN ELLA

La teoría sobre la justificación del castigo que en este apartado esbozaré como alternativa a la que previamente sostuve que es plausible considerar como el fundamento del proyecto de epistemología jurídica de Laudan<sup>55</sup>, es una teoría 1) que predica del castigo la función de entablar con el condenado un diálogo, una comunicación, de carácter moral<sup>56</sup>, y 2) que prioriza dicha función<sup>57</sup>. Por tanto, a dife-

<sup>54</sup> Cuyo listado no ha pretendido ser exhaustivo.

<sup>55</sup> Y, en ese sentido, como el origen de su cruzada contra el espectro de las absoluciones falsas.

<sup>56</sup> Sigo de cerca en este aspecto a Lippke, 2024; 2016; 2011, quien a su vez se nutre de las ideas, entre otros, de Duff, 2001; 1996; 1986 y Hampton, 1992.

<sup>57</sup> Nótese que se habla de priorizar la función referida y no de considerarla como la única posible o la única importante, lo cual abre un espacio para la persecución simultánea de objetivos como retribuir

rencia de la que atribuyo a Laudan, la teoría que me encuentro presentando, apenas rudimentariamente, parte de suponer que la persona condenada es un agente moral, y no (o no únicamente) un ente autointeresado que solo entiende de reforzamientos positivos y negativos de su conducta, o una fuerza del caos con la que no se puede razonar, sino solo contener coactivamente para evitar que siga dañando a la sociedad.

Esta teoría supone también que, al castigarse a la persona condenada, especialmente privándola de su libertad, se le expresa una censura o un reproche preponderantemente moral, cuya comprensión como tal se espera de dicha persona<sup>58</sup>. De ella se espera, además, que entienda las razones de ese reproche (es decir, que se trata de un reproche fundado) y de que este tenga que llevarse a cabo de manera pública<sup>59</sup>.

Ahora bien, para para que ese reproche a la persona condenada sea legítimo, el Estado primero tendría que revestirse de la autoridad moral para hacerlo; tendría que ganarse el derecho de ser el interlocutor moral que, de acuerdo con la teoría en comento, pretende ser al castigar. El itinerario para ganarse ese derecho es, en efecto, complicado y en muchos aspectos seguramente controversial. No obstante, en mi opinión, algunos de los rubros generales que lo conforman son relativamente claros, los cuales, por supuesto tienen que ver con el procedimiento que sirve de antesala del reproche, pero incluso con cuestiones previas a este y también ulteriores<sup>60</sup>.

---

al perpetrador por sus actos, controlar o reducir la criminalidad, desincentivar o hasta incapacitar al sentenciado, rehabilitarlo, etcétera.

<sup>58</sup> Y no que conciba a la amenaza y/o imposición de castigos como una mera razón prudencial a incluir en sus deliberaciones futuras, o como una medida que físicamente, aquí y ahora, le impide continuar entregándose a sus impulsos predatores.

<sup>59</sup> De lo primero, una razón es que, dado su estatus como agente moral, se esperaba de la persona condenada que se hubiera percatado de las consideraciones morales que respaldan la prohibición que, sin justificación ni excusa, negligente o dolosamente, quebrantó; y, asimismo, que se hubiera dejado guiar en su deliberación práctica por el peso de esas consideraciones. Y otra es que dicho reproche, al traducirse en la privación de su libertad, le da a la persona condenada la oportunidad de aprovechar ese periodo para transitar un ciclo que idealmente la lleve al arrepentimiento y a intentar reparar el tejido social lacerado por su conducta, pasando por el remordimiento de conciencia y por el duelo resultante de haber perdido la oportunidad de no cosificar a su víctima y de haberla tratado con el respeto que su condición como fin en sí misma requería. De lo segundo, es decir, de que el reproche tenga que llevarse a cabo públicamente, la razón es que el castigo constituye, a su vez, un mensaje que se manda al resto de la sociedad en el sentido de que sus valores fundamentales siguen y continuarán siendo observados, y de que, por tanto, tenemos razón para seguir aportando a la convivencia pacífica. Pero el castigo también constituye un mensaje públicamente enviado a la víctima y/o sus allegados, a quienes les comunica que la sociedad, por vía de sus autoridades, se solidariza con ellas, que empatiza con su sufrimiento y que se encuentra haciendo lo que razonablemente está a su alcance para reafirmar su valor como personas, para al menos evitar que la persona condenada vuelva a desviarse del ordenamiento, y para que repare en parte el daño sufrido.

<sup>60</sup> Entre las previas cabe destacar las condiciones socioeconómicas imperantes en la sociedad y la labor de tipificación de conductas llevada a cabo por el legislador; y entre las ulteriores, el entorno en el que permanecen privadas de su libertad las personas condenadas. En los aludidos ámbitos socioeconómico y penitenciario, el Estado debería esforzarse por imponer a las personas unas condiciones aceptables en el sentido de mostrar un mínimo de consideración y respeto a su dignidad. Y en ambos casos también, esa consideración y respeto deberían traducirse en el reconocimiento y consolidación de

En lo que respecta al procedimiento<sup>61</sup>, este se vería en retrospectiva como una extensión de la comunicación moral que se entabla con la persona que resultó condenada, es decir, cuando esta tiene apenas el estatus de acusada, e incluso antes, cuando solo es sospechosa de estar involucrada en el delito que se investiga. En este orden de ideas, los rasgos de ese procedimiento deben ser consistentes con la transmisión de un mensaje de seria preocupación por no terminar violentando injustificadamente, mediante el castigo, la esfera de derechos fundamentales de la persona que eventualmente sea privada de su libertad. Por tanto, debe consistir en una serie de pasos que muestren de parte de las autoridades respectivas un *comportamiento ejemplar*, que muestren la sujeción de aquellas a las reglas derivadas de la modalidad más robusta posible de la noción de «juego limpio» (*fair play*), que muestren un esfuerzo genuino por deslindarse de precipitaciones, abusos, arbitrariedades y de todo tipo de actos que las denigren. «Si termina habiendo sustento para reprochar tu conducta, antes habrás sido tratado como no trataste a tu víctima: con la mayor dosis razonable de consideración y respeto». Esa sería la esencia del mensaje que con el procedimiento debería enviarse a la ciudadanía.

En este punto estamos ya en condiciones de abordar la cuestión del tipo de epistemología jurídica más compatible con la teoría de la justificación del castigo sucintamente presentada. En mi opinión, antes que nada, esta no puede eludir el compromiso de estar al día respecto del estado del arte de las investigaciones sobre la cognición humana, es decir, sobre la forma en que las personas procesamos la información de nuestro entorno a los efectos de lograr determinados objetivos o realizar ciertas tareas.

Un énfasis especial debería hacerse en los estudios acerca de la distinta gama de sesgos de los que podemos ser presa en el procesamiento de la información mencionado anteriormente. Y, en efecto, particular atención merece el denominado sesgo de confirmación, o sea, el sesgo que, con base en los argumentos de este trabajo, ha sostenido que puede atribuirse a Laudan al plantear sus diagnósticos general y específico del estado epistémico del sistema acusatorio estadounidense, los cuales, como sabemos, destacan un problema supuestamente muy grave en lo que se refiere a la frecuencia y costos de las soluciones falsas.

---

derechos de diversa índole, tales como los derechos a la educación, a un trabajo bien remunerado, a una vivienda digna, a la salud, así como los derechos de las personas en prisión. Mediante el reconocimiento y consolidación de los derechos sociales y económicos referidos el Estado estaría contribuyendo a disminuir el riesgo de que las personas recurran a la delincuencia para suplir carencias básicas, para hacer más llevadera una vida marcada por la precariedad y la miseria. Y mediante el reconocimiento y consolidación de los derechos de las personas privadas de su libertad, estaría creando la oportunidad para que estas atraviesen el ciclo antes mencionado que esta teoría concibe al menos como idealmente esperable de un agente moral. En lo que respecta a la labor del legislador, la de confeccionar el derecho penal sustantivo, este debería asegurarse, entre otras cosas, de criminalizar conductas para cuya prohibición claramente existan consideraciones morales, y de que el derecho penal se empleará como última ratio.

<sup>61</sup> En cuya configuración quizás sobra decir que el Estado se juega gran parte de la autoridad moral de la que busca revestirse para reprochar legítimamente a la persona condenada.

Como adelanté en su oportunidad<sup>62</sup>, el sesgo en comento consiste en el despliegue a nivel inconsciente de estrategias orientadas a que no se modifique, sino, al contrario, a que solo se robustezca, ante nuestros ojos al menos, la preconcepción o impresión inicial que ya tengamos sobre algún fenómeno o asunto de interés. Entre esas estrategias destacan la de reunir solo información que confirme la preconcepción respectiva (de ahí el nombre de sesgo de confirmación), evitando así el contacto con elementos que puedan refutarla; así como la de sobrevalorar la información confirmatoria recabada, y subvalorar la información que pone en peligro la impresión o hipótesis de partida, que pese a todo haya superado el primer filtro para deshacerse de ella.

Vernos influidos por el sesgo de confirmación es algo que nos ocurre en los más variados contextos ordinarios y profesionales, y de manera mucho más común de lo que quizá sospechemos<sup>63</sup>. No es de extrañar, por tanto, que el jurídico no se escape, incluido el procedimiento penal. De ello dan cuenta, por mencionar algunos de los más significativos, los estudios experimentales de Rassin (2010), Eerland y Rassin (2010) y Ask y otros (2008) que, como manifestaciones del sesgo de confirmación, nos hablan del fenómeno de la ceguera a hipótesis o escenarios alternativos al de la culpabilidad del sospechoso por parte de los sujetos de la muestra (entre ellos, policías y fiscales), o de un escepticismo asimétrico, mismo que es mayor para el caso de información potencialmente exculpatoria que para el caso de información inculpatoria.

<sup>62</sup> Véase la sección 4 de este trabajo.

<sup>63</sup> Como apunta Lidén (2018), la psicología cognitiva (pp. 118-121), la psicología de las emociones y de la motivación (pp. 122-129), y la psicología social y organizacional (pp. 129-149), han mostrado, de entrada, que la sola escasez de recursos atencionales aunada a la necesidad de simplificar la abundancia y complejidad de los datos que sería relevante tomar en cuenta para la realización de nuestras actividades, contribuyen a que con regularidad nos concentremos únicamente en ciertas pistas o factores clave, es decir, a que procesemos la información de modo parcial. Con ello, entre otras cosas, logramos que el mundo se ajuste a nuestras expectativas la mayor parte del tiempo, y evitamos disonancias cognitivas que pongan en crisis nuestros presupuestos y la metodología de solución de problemas que hemos desarrollado a lo largo de la vida, formal e informalmente. Ciento es que, con todo y lo selectiva que ya de inicio parece ser la forma en que procesamos la información, esto no siempre conduce a malos resultados. De hecho, el conocimiento que nos hace expertos o especialistas en alguna materia en buena medida descansa en la habilidad de no dejarnos llevar por el «ruido» que normalmente distrae a las personas novicias en el campo de que se trate. Sin embargo, la cara negativa de dicha habilidad se muestra más y más cuando concurren otros factores situacionales y sistémicos que conforman el ambiente social e institucional en el que nos desenvolvemos, tales como la sobrecarga de trabajo, el que tengamos que colaborar con otros, lo cual es frecuente que conduzca a la polarización de puntos de vista y/o a comportamientos complacientes con la corriente a efecto de satisfacer la necesidad de sentirnos pertenecientes a un grupo, la forma en que es evaluado nuestro desempeño, el rol que tengamos en la organización o institución de que se trate, misma que, a su vez, persigue ciertos objetivos y promueve ciertos valores, etcétera. Estos factores provocan en las personas emociones y sentimientos como la angustia, el estrés, la ansiedad, la ira, la frustración, la tristeza o la depresión, los cuales no solo colorean nuestra experiencia, sino que refuerzan ese procesamiento selectivo hasta llevarlo al sesgo descarnado, a comportamientos claramente confirmatorios en su mayoría, con tal de cumplir con las tareas que corresponda, al menos superficialmente.

De modo que no por una cuestión de moda o por mera curiosidad intelectual la epistemología jurídica debería estar al tanto de este aspecto de la cognición humana, sino porque contándose con esa comprensión se adquiere conciencia de que por el solo hecho de cargar al Estado con el peso de tener que probar la culpabilidad de los acusados, el procedimiento penal corre el peligro de degenerarse al punto de transformarse en una maquinaria inquisitoria y punitivista<sup>64</sup>, incluso pese a tener un cascarón acusatorio que supuestamente debería complicar el camino para condenar; peligro a cuya contención no puede dejar de contribuir una epistemología que busca que el procedimiento que el Estado implemente le permita revestirse de la autoridad moral para reprochar.

Pero, para que la contribución a la contención referida pueda traducirse en medidas más efectivas de mitigación del sesgo confirmatorio, la epistemología jurídica que propongo tiene también que hacerse una idea acerca de hasta qué punto el sistema de referencia ya ha sido afectado por dicho sesgo<sup>65</sup>. Partir de ese supuesto, o sea, de que

<sup>64</sup> En lo que Vigna y Devalpo llaman una *fábrica de culpables*. Véase la sección 1.

<sup>65</sup> En el caso del sistema estadounidense, ese que paradójicamente Laudan describió como uno *demasiado amigable con la absolución*, los estragos del sesgo confirmatorio no parecen ser menores. Baste solo recordar que, de acuerdo con el trabajo de Givelber y Farrell (2012), los jueces coinciden en considerar una cortina de humo, una distracción, una ilusión por la que el jurado no debería dejarse llevar, al hecho de que la defensa del acusado presente una historia alternativa corroborada en algún grado por uno o más testigos, en adición a la declaración en juicio del propio acusado en la que afirme que es inocente, sin que la fiscalía en el contrainterrogatorio presente información alguna sobre los antecedentes penales que aquel pudiera tener (oportunidad que, si los hubiere realmente, no dejaría pasar ningún fiscal una vez que el acusado decide tomar el estrado).

No estoy diciendo, claro, que esos factores probatorios sean indicadores concluyentes de la inocencia del acusado; pero tampoco puede sostenerse plausiblemente que sean detalles ínfimos a los que no hay que poner atención alguna. En todo caso, a efectos de evaluar preliminarmente lo arraigado del sesgo confirmatorio, la atención tiene que ser puesta en el hecho de que los jueces parecen *sistématicamente* considerar esos factores justo así, como elementos distractores. Si este es el panorama al que nos enfrentamos, la culpabilidad, y no la inocencia, es lo que estaría operando como la presunción de partida (sobre todo respecto de personas negras o hispanas, y/o con antecedentes penales); la cual, además, parece estar siendo concebida como una presunción casi invencible, pues muy poco margen de maniobra le queda a la defensa si en efecto esos factores, en opinión de los jueces, no alcanzan ni siquiera para establecer una duda razonable a favor de su representado.

Ahora bien, dado el desacuerdo de los jueces con una muy alta proporción de las absoluciones pronunciadas por los jurados respectivos, documentado en el análisis de Givelber y Farrell (2012), queda claro que, si hubiese estado en sus manos, habrían condenado a las personas acusadas en esos casos. El problema es que en sus manos está normalmente la cuestión, al ser ellos quienes ratifican cotidianamente los miles y miles de tratos que se dan anualmente entre los fiscales y los acusados, lo cual en Estados Unidos constituye el cauce normal en la actualidad, al punto de que alrededor del 90 por 100 de los casos se resuelve recurriendo a la figura de la justicia negociada (o *plea bargaining*), y el 95 por 100 de las condenas se obtiene por el mismo medio.

¿Por qué su intervención en la ratificación de los acuerdos es un problema (cuando en principio parece una medida sensata para evitar abusos)? Primero porque, si son acertadas las apreciaciones de Givelber y Farrell (2012), se trata de jueces predisponentes a solo prestar atención a las pruebas de cargo a las que la fiscalía se hubiere referido en el acuerdo respectivo, y en esta fase no hay jurado que les lleve la contraria; segundo porque, además, la persona acusada ha admitido su culpabilidad, lo cual a los ojos de

el sistema de que se trate ya ha sufrido en alguna medida los estragos del sesgo confirmatorio, no es fatalismo, ni apresuramiento, sino una hipótesis realista que toma en cuenta, de un lado, que los procedimientos penales con los que hoy contamos al menos en el mundo occidental se fueron moldeando y consolidando, algunos de ellos durante siglos, en una época en la que nuestros conocimientos sobre el procesamiento a nivel inconsciente de la información eran escasos o, de plano, inexistentes; y, por otro, que la operación del sistema de justicia no está influida solo por las reglas formales u oficiales que le dan forma, sino de modo muy importante también, por los hábitos, convenciones informales, estilos y cultura organizacional que en la práctica se implementan en los precinctos policiales, las fiscalías, los laboratorios forenses y los tribunales; lo cual suele pasar desapercibido y, por tanto, desarrollarse por debajo del radar, sobre todo aprovechando los espacios que las reglas formales dejan abiertos para el ejercicio de distintos grados de discreción por parte de los funcionarios respectivos.

Han quedado en el tintero varias cosas por decir sobre el proyecto de epistemología jurídica que aquí he propuesto como alternativa al de Laudan, las cuales dejaré para otras oportunidades<sup>66</sup>. Baste decir, en suma, al menos tres cosas: 1) que se trata de un proyecto esencialmente de *debiasing* o de mitigación del sesgo confirmatorio; 2) que debería tener lazos fuertes de colaboración con las investigaciones en el campo de las condenas erróneas (o *wrongful convictions*)<sup>67</sup>, actualmente potenciadas en ese país por la existencia de una base de datos tan importante como el National Registry of Exonerations, y: 3) que dos rubros prioritarios de esta modalidad de la reflexión epistemológico-jurídica, —de hecho, dos pendientes que no pueden postergarse más—, son los mecanismos de justicia negociada<sup>68</sup> y, por supuesto, la investigación del delito<sup>69</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguilera, E. (2020). Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito. En J. Ferrer y C. Vázquez (Coords.), *Del derecho al razonamiento probatorio* (p. 17-44). Marcial Pons.

---

alguien ya inclinado a considerarla culpable, termina por confirmarlo aún más; y tercero porque, como observa Medwed (2012: 52-68), la revisión sería de los acuerdos que en teoría deberían hacer los jueces, dada la sobrecarga de trabajo en la que operan y la fuerte y muy conveniente *presunción de corrección* que hay a favor del proceder de las fiscalías, termina siendo en la práctica una ratificación superficial en la que apenas se cercioran de que la narrativa de los hechos imputados sea más o menos coherente, que no sea difícil encuadrarla en el delito de que se trate, y que las pruebas —solo de cargo recuérdese, y sin que hayan sido practicadas, sino solo enlistadas por el fiscal—, sean mínimamente relevantes.

<sup>66</sup> Algo más sobre este proyecto (y sobre las críticas a la metodología del diagnóstico específico de Laudan y a su propuesta de tratamiento epistemológico), lo desarrollé en (Aguilera, 2025).

<sup>67</sup> Como trabajos sumamente representativos de ese campo, véanse Cook, 2022; Free y Ruesink, 2016; Garret, 2021; Gross, 2022, 2020; Harris, 2012; Medwed, 2017; Morgan, 2023; Norris y otros, 2023; Wojciech y Kremes, 2023.

<sup>68</sup> Véase Lippke, 2011, capítulo 9.

<sup>69</sup> Véanse Aguilera, 2020; Moscatelli, 2023.

- Aguilera, E. (2025). *Epistemología jurídica: Cuestiones, debates y propuestas actuales*. Zela.
- Ask, K., Rebelius, A., y Granhag, P. (2008). The elasticity of criminal evidence: A moderator of investigator bias. *Journal of Applied Cognitive Psychology*, 22(9), p. 1245-1259. <https://doi.org/10.1002/acp.1432>
- Azaola, E. y Ruiz, M. (2009). *Investigadores de papel: Poder y derechos humanos entre la policía judicial de la Ciudad de México*. Fontamara.
- Cassell, P. (2018). Tradeoffs Between Wrongful Convictions and Wrongful Acquittals: Understanding and Avoiding the Risks. *Seton Hall Law Review*, 48(4), p. 1435-1492.
- Cook, K. (2022). *Shattered justice: Crime victims' experiences with wrongful convictions and exonerations*. Rutgers University Press.
- Dei Vecchi, D. (2020a). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Zela.
- Dei Vecchi, D. (2020b). 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>
- Duff, R. A. (1986). *Trials and punishments*. Cambridge University Press.
- Duff, R. A. (1996). Penal communications: Recent work on the philosophy of punishment. *Crime and Justice, A review of research*, 20, pp. 1-96. <https://doi.org/10.1086/449241>
- Duff, R. A. (2001). *Punishment, communication, and community*. Oxford University Press.
- Eerland, A., y Rassin, E. (2010). Biased evaluation of incriminating and exonerating (non)evidence. *Journal of Psychology, Crime, and Law*, p. 1-8. <https://doi.org/10.1080/1068316X.2010.493889>
- Feeley, F., Dill, F., y Weir, A. (1983). *Arrests without conviction. How often they occur and why*. National Institute of Justice.
- Findley, K. (2018). Reducing Error in the Criminal Justice System. *Seton Hall Law Review*, 48(4), p. 1265-1318.
- Free, M. y Ruesink, M. (2016). *Wrongful convictions of women: When innocence isn't enough*. Lynne Rienner Publishers.
- Gardiner, G. (2017). In Defence of Reasonable Doubt. *Journal of Applied Philosophy*, 34(2), pp. 221-241. <https://doi.org/10.1111/japp.12173>
- Garret, B. (2021). *Autopsy of a crime lab: Exposing the flaws in forensics*. University of California Press.
- Givelber, D. y Farrell, A. (2012). *Not guilty: Are the acquitted innocent?* NYU Press.
- Gross, S. (Ed.) (2022). *Race and wrongful convictions in the United States*. National Registry of Exonerations.
- Hampton, J. (1992). An expressive theory of retribution. En W. Creig (ed.), *Retributivism and its critics* (p. 1-21). V. Steiner Verlag.
- Harris, D. (2012). *Failed evidence: Why law enforcement resists science*. New York University Press.
- Kalven, H. y Zeisel, H. (1966). *The American Jury*. Little Brown.
- Koppi, R. (2018). Comment on Laudan. *Seton Hall Law Review*, 48(4), p. 1255-1263.
- Laudan, L. (2006). *Truth, Error, and the Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica* (traducción de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera). Marcial Pons.
- Laudan, L. (2016). *The Law's Flaws; Rethinking Trial and Errors?* College Publications.
- Laudan, L. y Saunders, H. (2009). Re-Thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus about the Utilities of Trial Outcomes. *International Commentary on Evidence*, 7(2).
- Lidén, M. (2018). *Confirmation bias in criminal cases*. [Tesis doctoral, Uppsala University]. <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1237959/FULLTEXT01.pdf>
- Lidén, M. (2020). Confirmation Bias in Investigations of Core International Crimes: Risk Factors and Quality Control Techniques. En X. Agirre Aranburu, M. Bergsmo, S. De Smet y C. Stahn (eds.), *Quality Control in Criminal Investigation* (p. 461-528). Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- Lippke, R. (2011). *The ethics of plea bargaining*. Oxford University Press.
- Lippke, R. (2016). *Taming the presumption of innocence*. Oxford University Press.
- Lippke, R. (2024). *Theorizing legal punishment*. Routledge.

- Magaloni, A. (2009). *El ministerio público desde dentro: Rutinas y métodos de trabajo en las agencias del MP*. Centro de Investigación y Docencia Económicas, Documento de Trabajo, 42.
- Medwed, D. (2012). *Prosecution complex: America's race to convict and its impact on the innocent*. New York University Press.
- Medwed, D. (2017). *Wrongful convictions and the DNA revolution: Twenty-five years of freeing the innocent*. Cambridge University Press.
- Morgan, J. (2023). *Wrongful convictions and forensic science errors: Case studies and root causes*. Taylor and Francis.
- Moscatelli, L. (2023). La importancia de la abducción en la etapa de investigación criminal. *Quaestio Facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 5, p. 125-155.
- Norris, R., Hicks, W. y Mullinix, K. (2023). *The politics of innocence: How wrongful convictions shape public opinion*. New York University Press.
- Rassin, E. (2010). Blindness to alternative scenarios in evidence evaluation. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, 7(2), p. 153-163.
- Vigna, A. y Devalpo, A. (2010). *Fábrica de culpables: Florence Cassez y otros casos de la injusticia mexicana*. Grijalbo.
- Wojciech, J. y Kremes, K. (2023). *Compensation for wrongful convictions: A comparative perspective*. Routledge.
- Zalman, M. (2018). «The Anti-Blackstonians». *Seton Hall Law Review*, 48(4), p. 1319-1433.
- Zepeda, G. (2004). *Crimen sin castigo: Procuración de justicia penal y ministerio público en México*. Fondo de Cultura Económica.