



Quaestio facti

Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio
International Journal on Evidential Legal Reasoning

2024 | N. 7

ISSN: 2604-6202

ENSAYOS

Exhibición de documentos y sanciones en las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional.

Un análisis crítico, Carlo Vittorio Giabardo
y Alessandro Vergel Pérez Palma

*Judging beyond any reasonable doubt:
a logic and epistemological rule*, Rocco Neri

La valoración de la prueba en el arbitraje, Jorge A. Rojas

What does it mean to be «plausible»?, Christian Dahlman

Sesgos implícitos, injusticia explícita. Efectos epistémicos de los sesgos inconscientes en el razonamiento probatorio en México,
Héctor Alejandro Rodríguez Martínez

CONJETURAS Y REFUTACIONES

*Understanding and preventing testimonial injustice
in criminal proceedings: A comment on Federico Picinali
«Evidential reasoning, testimonial injustice and the fairness
of the criminal trial»*, Abenaa Owusu-Bempah

*Testimonial Injustice in Evidential Reasoning:
A Reply to Federico Picinali*, Rachel Herdy

*A critical perspective on testimonial injustice: interrogating
witnesses' credibility excess in criminal trials. A comment
on federico picinali's «evidential reasoning, testimonial
injustice and the fairness of the criminal trial»*,
Jasmine B. Gonzales Rose

*Understanding Epistemic Injustice as Contributory Injustice:
A Comment on Picinali's Argument*, Tareeq Jalloh

Qf

Quaestio facti

Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio
International Journal on Evidential Legal Reasoning

2024 | N. 7

www.quaestiofacti.com

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISSN: 2604-6202

Depósito legal: M. 3.518-2020

Fotocomposición: Ene Estudio

Impresión: ELECÉ, Industria Gráfica, S. L.

DIRECTORES

Diego Dei Vecchi
Universitat de Girona, España

Jordi Ferrer Beltrán
Universitat de Girona, España

COMITÉ DE REDACCIÓN

Daniela Accatino
Universidad Austral de Chile, Chile

Daniel González Lagier
Universidad de Alicante, España

Edgar Aguilera
Universidad Autónoma del Estado de México.
Universitat de Girona, España

Carmen Vázquez
Universitat de Girona, España

SECRETARÍA DE REDACCIÓN Y EDICIÓN

Anna de Castro Cros
Universitat de Girona, España

COMITÉ EDITORIAL

Christian Dahlman
Lund University, Suecia

Antonio Manzanero
Universidad Complutense de Madrid, España

Mauricio Duce
Universidad Diego Portales, Chile

Paul Roberts
University of Nottingham, Reino Unido

Mercedes Fernández
Universidad de Alicante, España

Sarah Summers
University of Zurich, Suiza

Raymundo Gama
Instituto Tecnológico Autónomo de México

Giovanni Tuzet
Università Bocconi, Italia

Ho Hock Lai
National University of Singapore, Singapur

Jonatan Valenzuela
Universidad de Chile, Chile

CONSEJO ASESOR

- Ronald Allen
Northwestern University, EEUU
- Amalia Amaya
Universidad Nacional Autónoma de México, México
- Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado emérito de la Sala Segunda del Tribunal
Supremo Español
- José María Asencio
Universidad de Alicante, España
- Lorena Bachmaier
Universidad Complutense de Madrid, España
- Zhang Baosheng
University of Political Science and Law (CUPL),
China
- Juan Carlos Bayón
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Lorenzo Bujosa
Universidad de Salamanca, España
- Rodrigo Coloma
Universidad Alberto Hurtado, Chile
- Margarita Diges
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Gary Edmond
University of New South Wales, Australia
- Luigi Ferrajoli
Università degli Studi di Roma, Italia
- Paolo Ferrua
Università degli Studi di Torino, Italia
- Marina Gascón
Universidad de Castilla-La Mancha, España
- Joaquín González
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Susan Haack
University of Miami, EEUU
- Juan Igartua
Universidad del País Vasco, España
- John Jackson
University of Nottingham, Reino Unido
- Larry Laudan
University of Texas, EEUU
- Giuliana Mazzoni
University of Hull, Reino Unido
- Dale Nance
Case Western Reserve University, EEUU
- Jordi Nieva-Fenoll
Universitat de Barcelona, España
- Eduardo Oteiza
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
- Andrés Páez
Universidad de los Andes, Colombia
- Jairo Parra Quijano
Universidad Libre, Colombia
- Catherine Piché
Université de Montréal, Canadá
- Joan Picó i Junoy
Universitat Pompeu Fabra, España
- Geraldo Prado
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
- Giovanni Priori
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
- Vitor Lia de Paula Ramos
Uniritter, Brasil
- Frederick Schauer
University of Virginia, EEUU
- Paulo de Sousa Mendes
Universidade de Lisboa, Portugal
- Michele Taruffo
Università degli studi di Pavia, Italia
- William Twining
University College of London, Reino Unido
- Giulio Ubertis
Università Cattolica del Sacro Cuore, Italia
- Alan Uzelac
University of Zagreb, Croacia
- Adrian Zuckerman
University of Oxford, Reino Unido

INDICE

ENSAYOS

Carlo Vittorio Giabardo y Alessandro Vergel Pérez Palma, <i>Exhibición de documentos y sanciones en las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Un análisis crítico</i>	11
Rocco Neri, <i>Judging beyond any reasonable doubt: a logic and epistemological rule</i>	43
Jorge A. Rojas, <i>La valoración de la prueba en el arbitraje</i>	69
Christian Dahlman, <i>What does it mean to be «plausible»?.....</i>	91
Héctor Alejandro Rodríguez Martínez, <i>Sesgos implícitos, injusticia explícita. Efectos epistémicos de los sesgos inconscientes en el razonamiento probatorio en México</i>	103

CONJETURAS Y REFUTACIONES

Abenaa Owusu-Bempah, <i>Understanding and preventing testimonial injustice in criminal proceedings: A comment on Federico Picinali «Evidential reasoning, testimonial injustice and the fairness of the criminal trial»</i>	139
Rachel Herdy, <i>Testimonial Injustice in Evidential Reasoning: A Reply to Federico Picinali</i>	153
Jasmine B. Gonzales Rose, <i>A critical perspective on testimonial injustice: interrogating witnesses' credibility excess in criminal trials. A comment on federico picinali's «evidential reasoning, testimonial injustice and the fairness of the criminal trial»</i>	173

Tareeq Jalloh, *Understanding Epistemic Injustice as Contributory Injustice: A Comment on Picinali's Argument* 187

ENSAYOS

EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS Y SANCIONES EN LAS REGLAS DE LA IBA SOBRE PRÁCTICA DE PRUEBA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL. UN ANÁLISIS CRÍTICO*

Carlo Vittorio Giabardo**

carlovvittorio.giabardo@unito.it

Alessandro Vergel Pérez Palma***

avergel@bvb-firma.com

RESUMEN: El presente trabajo tiene el propósito de analizar críticamente el tema de la exhibición de las pruebas documentales en el arbitraje internacional y de las sanciones en caso de su incumplimiento, con específica referencia a las reglas de *soft law* elaboradas por la IBA. Al hacer esto, el análisis se dividirá en dos partes. En la primera parte se abordarán algunos aspectos introductorios

* Si bien todas las argumentaciones del presente artículo deben considerarse producto de la investigación y trabajo conjunto de ambos autores, la primera parte —apartados 1; 2 (2.1., 2.2., 2.3.) y 3— es de autoría de Alessandro Vergel Pérez Palma y la segunda parte —apartados 4, 5, 6, 6.1 y 7— es de autoría de Carlo Vittorio Giabardo.

** Departamento de Derecho, Università degli Studi di Torino (Italia), con habilitación para desempeñar el cargo de profesor asociado. Investigador de la Càtedra de Cultura Jurídica, Universidad de Girona (España). Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la “Associazione Italiana Studiosi della Prova”. Miembro del grupo de investigación Proceso, Derecho y Justicia, PUCP. ORCID: 0000-0002-7993-6762.

*** Abogado por la Universidad Mayor de San Marcos (Lima). Master of Laws (LLM) in International Contracts and Arbitration, Fribourg University (Suiza). Candidato a Magister en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú y adjunto de docencia del curso Teoría del Conflicto y Mecanismos de Solución de la misma Universidad (2023). Miembro del grupo de investigación Proceso, Derecho y Justicia, PUCP. Socio en Barreto – Vergel – Bonilla Dispute Resolution. Árbitro. ORCID: 0000-0003-4785-1200.

y generales de la práctica de la prueba documental en el arbitraje internacional, dentro del marco más amplio de la discusión actual sobre los poderes de *case management* de los árbitros. En la segunda parte se analizará más precisamente la cuestión (tratada desde un punto de vista teórico) de las consecuencias por el incumplimiento del orden de exhibición del documento, criticando, por su naturaleza antiépistémica, la así llamada «inferencia adversa» (*adverse inference*), prevista por el artículo 9(6) de las *Reglas de la IBA* y tratando de conceptualizar esa consecuencia, al menos en ciertos casos, como una sanción en sentido estricto.

PALABRAS CLAVE: prueba y arbitraje internacional, prueba documental, orden de exhibición, inferencia adversa, razonamiento probatorio.

DOCUMENT PRODUCTION AND SANCTIONS IN THE IBA RULES ON THE TAKING OF EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION. A CRITICAL ANALYSIS

ABSTRACT: This article aims to critically analyze document production and the sanctions for failing to comply with exhibition orders in international arbitration, with a special focus on the soft law rules elaborated by the IBA. In so doing, we will divide our analysis into two parts. In the first one, we will tackle some introductory and general aspects of the taking of documentary evidence in international arbitration, in the framework of the more general and current debate on the case-management powers of arbitrators. In the second one, we will focus more precisely our attention on the theoretical issue of the possible consequences for the failure to comply with the order of exhibit. We will criticize the so-called «adverse inference», established by art. 9(6) of the IBA Rules, due to its anti-epistemic nature, arguing, by contrast, in certain cases, its truly punitive character.

KEYWORDS: evidence in international arbitration, documents, exhibit order, adverse inference, evidence law reasoning.

SUMARIO: PARTE I: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN.— 2. PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS EN EL ARBITRAJE: REGLAS Y PRÁCTICA: 2.1. La prueba en el arbitraje: algunas cuestiones previas y una breve panorámica. 2.2. La prueba en el arbitraje: la función «integradora» de las reglas *soft law* (con especial énfasis en las *Reglas de la IBA*). 2.3. Orden de producir documentos bajo las *Reglas de la IBA*. 3. *CASE MANAGEMENT*, EFICIENCIA Y ARBITRAJE.— PARTE II: 4. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EXHIBICIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y SANCIONES. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA.— 5. LA DEBILIDAD EPISTÉMICA DE LAS INFERENCIAS ADVERSAS. ¿LA OMISIÓN COMO ELEMENTO DE JUICIO?— 6. LA NATURALEZA DE SANCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO DE LA «CONSECUENCIA ADVERSA» DE LA REGLA 9(6) IBA (CON UNA PEQUEÑA DIVAGACIÓN DE DERECHO COMPARADO): 6.1. Una especificación.— 7. CONCLUSIÓN. LA «NO EXHIBICIÓN» COMO ELEMENTO DE JUICIO EN CONJUNTO CON OTROS ELEMENTOS QUE APUNTAN HACIA LA MISMA DIRECCIÓN.— BIBLIOGRAFÍA.

PARTE I

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La *exhibición* o *producción* de documentos en el arbitraje internacional es un tema central tanto desde el punto de vista práctico como teórico. Su problemática se extiende a diversas cuestiones, especialmente vinculadas al derecho probatorio. Así, por ejemplo, se discute sobre la extensión que debe darse a la producción de documentos, que va desde la amplitud del *discovery* o *disclosure* propio de los sistemas anglosajones hasta la limitación a determinados y precisos documentos, que usualmente caracteriza a los países de tradición continental. También se discute la forma en que dicha producción debe realizarse, cuáles son las causales que pueden fundar una oposición y, en general, cuestiones propias del derecho probatorio en el ámbito del arbitraje internacional. Sin embargo, poco se discute sobre la materia en cuestiones que vinculan al *derecho probatorio* en materia arbitral con el *razonamiento probatorio*, como por ejemplo las *inferencias* o las *sanciones* vinculadas a la determinación de hechos, cuando dicho orden de exhibición sea incumplido (sobre la diferenciación entre *inferencia* y *sanción*, véase la parte II).

Es sobre esto último que una de las reglas *soft law* más prestigiosas y aplicadas del mundo, como lo son las *Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional* (2020), contiene una disposición que, a nuestro juicio, resulta claramente problemática, es decir el artículo 9(6)¹:

If a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party.

Es por la relevancia mundial de dicha norma de *soft law* que se elabora el presente trabajo.

Como primer punto, es preciso delimitar el objeto del presente ensayo y las cuestiones previas que resultan necesarias a fin de realizar un estudio sobre el tema.

En su aspecto más general, la producción de documentos es entendida pacíficamente en el ámbito de los arbitrajes internacionales en los siguientes términos:

The term «document production» in the context of international arbitration refers to a procedure pursuant to which parties are allowed to request from each other specific documents or a narrow and specific category of documents. After providing the necessary description of the requested documents and the reasons for the document requests, the other party will have the opportunity to state objections and give reasons for its objections accordingly. Whether the requested document is produced will be decided by the arbitral tribunal (Peter, 2022, p. 439).

¹ El texto completo de las Reglas se encuentra disponible en la web oficial de la International Bar Association (IBA, 2020).

Sin embargo, la fuente (pedido de parte o requerimiento *ex officio* del tribunal arbitral) o extensión del mandato no será objeto de discusión en este trabajo; tampoco lo será el detallar o criticar las reglas procesales establecidas para el procedimiento de producción de documentos, ni el método o técnicas utilizados para ello (como, por ejemplo, el uso extendido del Schedule of Document Production o Redfern Schedule²), ni profundizar el alcance y la interpretación de las razones por las cuales una parte puede oponerse, legítimamente, al mandato (*evidentiary objections*). Este ensayo tiene por finalidad principal abordar de forma crítica la consecuencia prevista en el artículo 9(6) de las *Reglas de la IBA* (2020) en caso de que una de las partes, que tenga una obligación definitiva de producir documentos, incumpla el mandato de exhibición (§4 y seg.). Esto presupone entonces que la solicitud de producción de documentos haya sido admitida como prueba, lo que importa que haya pasado el filtro establecido en los artículos 3 y 9 de las *Reglas de la IBA* (2020) y por tanto que no exista causal para que la parte obligada pueda oponerse a la orden de exhibición.

Dicho ello, en la primera parte trataremos algunas cuestiones previas de orden general sobre las reglas y la práctica vinculada a la producción de documentos, a fin de elaborar un panorama claro respecto a la dinámica particular que presenta el arbitraje (dentro del marco del debate, muy actual, sobre los poderes de dirección de los árbitros, es decir el *case management*), para luego analizar —en la segunda parte— la cuestión central que nos ocupa: cómo entender las consecuencias adversas reguladas en el art. 9(6) de las *Reglas de la IBA* (2020) en caso de incumplimiento (injustificado) del orden de exhibición, es decir si como auténtica *inferencia probatoria* o como *pura sanción*.

2. PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS EN EL ARBITRAJE: REGLAS Y PRÁCTICA

2.1. La prueba en el arbitraje: algunas cuestiones previas y una breve panorámica

En el ámbito probatorio, es sabido que los tribunales arbitrales no suelen limitar sus poderes a los que tienen las cortes de la sede³. Recordemos que la norma primigenia que rige el proceso arbitral es la denominada *lex arbitri*, es decir, la ley arbitral de la sede. Dicha *lex arbitri* es la que delimita de forma general cómo deberán llevarse a cabo

² Diversos centros de arbitraje disponen de recomendaciones vinculadas a las mejores técnicas para el procedimiento de producción de documentos. *Cfr.*, por ejemplo, ICC (2018).

³ *Cfr.* Born (2016, p. 188): «... the procedural law of the arbitration is prescribed by the arbitration legislation of the arbitral seat, which ordinarily gives effect to the parties procedural autonomy and grants broad procedural discretion to the tribunal, rather than by domestic court procedures. This principle applies specifically to the disclosure powers of tribunals—which are not limited by the powers granted to local courts by domestic rules of civil procedure».

el proceso, las cuestiones mínimas de orden público que el tribunal arbitral deberá respetar y los poderes probatorios con los que cuenta el tribunal entre otros⁴. Claro está, si bien existe una tendencia a uniformizar las normas estatales sobre arbitraje (especialmente por acción de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI] a través de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional [2006]) cada sede (*rectius*, cada Estado) tiene sus propias características y su propia dinámica. La mayoría de las leyes que regulan los arbitrajes internacionales suelen otorgar —expresa o implícitamente— amplias facultades a las partes y a los árbitros para regular las actuaciones probatorias de la forma que mejor consideren para su caso, lo que incluye lo referente a la producción de documentos. De ese modo, las normas nacionales no suelen (o no deberían, en nuestra opinión) considerar que un tribunal no cuenta con ciertos poderes probatorios⁵.

En efecto, estas leyes de la sede son normalmente generales, ya que regulan las cuestiones mínimas sobre las cuales se debe cimentar el proceso arbitral. Claro está, en el ámbito probatorio, es imprescindible que la *lex arbitri* otorgue poderes probatorios mínimos a los árbitros, pues ese es justamente uno de los presupuestos por el que las partes deciden que su controversia sea resuelta en la vía arbitral. Es en concordancia con dichos poderes, con los que, podemos afirmar, cuentan los árbitros en la mayoría de las jurisdicciones del mundo, que los más importantes reglamentos arbitrales atribuyen facultades probatorias expresas. Para lo que nos interesa en este trabajo, nos referiremos específicamente a las facultades vinculadas a la producción de documentos: por ejemplo, el artículo 22(1)(v) del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA, 2020) estatuye expresamente que el tribunal arbitral tiene los poderes para ordenar a las partes la producción de documentos que estén en su posesión o custodia⁶. Por su parte, el artículo 25(1) del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC, 2021), dispone que el

⁴ Véase Blackaby *et al.* (2015, p. 176): «... once a place of arbitration has been chosen, it brings with its own law. If that law contains provisions that are mandatory as far as arbitrations are concerned, those provisions must be obeyed. It is not a matter of choice, any more than the national motorist is free to choose which local traffic laws to obey and which to disregard».

⁵ En el UNCITRAL *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration* (2012, p. 101) se menciona un interesante caso canadiense, *Jardine Lloyd Thompson Canada Inc. v. SJO Catlin* (Alberta Court of Appeal, Canada, 18 de enero de 2006): «In a Canadian case, an issue arose as to whether the arbitral tribunal had jurisdiction to order the oral examination of a third party for discovery prior to the substantive hearing. The parties in that case had earlier agreed to adopt the Alberta Rules of Court to govern the discovery process. The Alberta Court of Appeal affirmed the power of the arbitral tribunal to order the examination. The court cited the “travaux préparatoires” on article 19 and accepted that it “speaks of the entitlement of a tribunal to order prehearing discovery”. The court stated that the parties’ adoption of the Alberta Rules of Court which permitted examinations of third parties, read with article 19 of the Model Law, gave wide plenary authority to the arbitral tribunal to give effect to all aspects of the parties’ agreement empowering the tribunal to exercise such powers».

⁶ «The Arbitral tribunal shall have the power [...] to order any party to produce to the Arbitral Tribunal and to other parties documents or copies of documents in their possession, custody or power which the Arbitral Tribunal decides to be relevant» (LCIA, 2020, §22).

tribunal arbitral deberá establecer los hechos del caso por todo medio que resulte apropiado⁷. En línea con ello, el apéndice IV (titulado Case Management Techniques) de dicho reglamento prevé el poder de los árbitros para ordenar la producción de documentos (ICC, 2021). Finalmente, el artículo 27(3) del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 2014) generalmente aplicado a arbitrajes internacionales *ad hoc*, incluso para arbitrajes de inversión, establece: «En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas».

Como se puede advertir, existe un esquema normativo *in crescendo* en lo que a las facultades probatorias generales se refiere. En efecto, la *lex arbitri* suele contener cuestiones bastante generales referidas a los poderes del tribunal arbitral, y es a través de las reglas procesales (sea vía reglamento institucional o no) que se suelen desarrollar y concretar estos poderes. Sin embargo, como se puede apreciar, ni las leyes arbitrales de la sede ni los reglamentos arbitrales contienen lineamientos respecto al procedimiento específico que deberá seguir el tribunal arbitral para la actuación de pruebas, y específicamente para la producción de documentos.

Esto es una característica propia del arbitraje. Existen distintos cuerpos de reglas (estatales y no estatales) que regulan en distinta medida algún aspecto del proceso arbitral, hasta llegar al mínimo detalle. Esta última regulación (del mínimo detalle) normalmente es realizada mediante reglas *ad hoc* dispuestas por el tribunal o pactadas por las partes para el caso concreto, dado que incluso las reglas *soft law* más específicas, a las cuales se recurre en la mayoría de los arbitrajes, no contienen regulación al detalle, sino más bien establecen disposiciones que permiten a las partes adecuarlas al caso, atendiendo a sus necesidades y a los usos de las partes en litigio⁸.

⁷ «The arbitral tribunal shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate means» (ICC, 2021, artículo 25(1)). Respecto a este último reglamento, si bien el artículo 25(1) («establishing the facts of the case») no contiene una mención explícita sobre la cuestión referida a los poderes para ordenar la producción de documentos, en el caso n. 5542 el tribunal arbitral, precisó lo siguiente: «While the ICC Rules do not contain any provision dealing with “discovery” properly speaking, it is enough to recall here that according to article 4(1), “the arbitrator shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate measures”. This provision allows the arbitrators to ask the parties to produce the documents in their possession or control which in their view are relevant to the case». Cfr. Procedural Order in ICC Case n. 5542, en Hascher (1997).

⁸ Esas reglas *soft law* frecuentemente contienen disposiciones que permiten a abogados de distintas culturas jurídicas (*civil law* o *common law*) o de distintas jurisdicciones establecer un procedimiento para armonizar los distintos usos y llevar adelante el arbitraje de forma satisfactoria. Sobre la relación entre arbitraje y culturas (jurídicas), véase Howard (2020).

2.2. La prueba en el arbitraje: la función «integradora» de las reglas *soft law* (con especial énfasis en las *Reglas de la IBA*)

Es por lo expuesto previamente que el procedimiento para la producción de documentos suele depender del acuerdo de las partes y de la facultad del tribunal arbitral para fijar reglas procedimentales ante ausencia de disposición expresa (Born, 2016). Ante ello, cabe precisar que, al momento de la celebración de un acuerdo arbitral, las partes no suelen detallar de forma precisa el procedimiento a seguir; por el contrario, la práctica señala que ellas suelen referirse a un reglamento específico o concluir acuerdos bastante generales. Igualmente, al momento de determinar las reglas del arbitraje, los tribunales tienden a no especificar un procedimiento detallado referido a la práctica de la prueba, dado que ello dependerá en gran medida de la forma en que se vaya desarrollando el proceso, dando prioridad al acuerdo de las partes, quienes pueden (y suelen) remitirse a reglas *soft law* o diseñar un procedimiento *ad hoc* para el caso⁹. Solo en caso de falta de acuerdo, será el tribunal quien decida, total o parcialmente, sobre el procedimiento a seguir.

Sin embargo, es práctica común que, ante ausencia de acuerdo expreso de las partes respecto a la aplicación de alguna regla *soft law*, los tribunales arbitrales los usen de guía para establecer el procedimiento probatorio. Esto es así pues las Reglas de *soft law* de la IBA surgieron justamente para solucionar estos problemas y fueron moldeándose por la práctica internacional y las idas y venidas entre los actores de distintas tradiciones jurídicas. Es por esa especial dinámica que se habla de una *comunidad epistémica*, en la cual los actores que forman parte de la misma (instituciones arbitrales, practicantes y académicos¹⁰), a través de un proceso de retroalimentación intelectual, desempeñan un papel dominante en la configuración del consenso transnacional sobre la práctica del arbitraje (Kaufmann-Kohler, 2010)¹¹.

Las *Reglas de la IBA* son las reglas *soft law* más utilizadas, tanto así que incluso algunos reglamentos arbitrales particulares hacen referencia expresa a la misma¹².

⁹ El modelo de orden procesal n.º 1 (reglas de arbitraje) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID), en la parte referida a producción de documento, indica que «será discutido por las partes» (International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2016).

¹⁰ No está de más anotar que existen críticas a la creación de las reglas *soft law*, especialmente desde el punto de vista de quienes las crean: la «elite arbitral».

¹¹ Dicha autora textualmente señala: «*Legal theorists would call the global arbitration community an epistemic community, a community that shares a particular interest and expertise. The actors within this community are well-known: arbitral institutions and organizations, the legal profession, and academia. Through a process of intellectual cross-fertilization, these actors play a dominant role in shaping the transnational consensus on arbitration law and practice*» (Kaufmann-Kohler, 2010, p. 13).

¹² Por ejemplo, el artículo 32(9) del Reglamento de Arbitraje de AmCham (Cámara de Comercio Americana) Perú, que dispone textualmente: «Salvo pacto en contrario de las partes, al momento de establecer las Reglas del Arbitraje y el Calendario de Actuaciones, el tribunal arbitral podrá disponer la aplicación, total o parcial, de las Reglas de la Internacional Bar Association (IBA) sobre Práctica de

Sin embargo, y sin perjuicio de que en este trabajo nos referimos en mayor medida a dichas *Reglas de la IBA* en lo que se refiere a la producción de documentos, debemos advertir que estas no son las únicas existentes. En efecto, existen por ejemplo las así llamadas Reglas de Praga (2018), respecto de las cuales se dice (creemos que acertadamente) que tienen un corte más inquisitivo (es decir, que le otorga un rol más activo al tribunal arbitral) en comparación con las *Reglas de la IBA*¹³. Para esto, basta con leer las notas del grupo de trabajo que las elaboró:

In light of all of this, the drafters of the Prague Rules believe that developing the rules on taking evidence, which are based only on the inquisitorial model of procedure, would contribute to increasing efficiency in international arbitration. By adopting a more inquisitorial approach, the new rules will help the parties and tribunals to reduce the time and costs of arbitrations (Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration, 2018, p. 2).

Ahora bien, refiriéndonos en concreto a las *Reglas de la IBA*, la última versión fue dada en el año 2020, la cual revisó y realizó algunos cambios concretos a su versión anterior, del año 2010 (entre otras cosas, abordó expresamente la cuestión sobre la prueba ilícita: art. 9[3]) (Neuhaus, *et al.* 2023). En lo que concierne a las reglas sobre producción de documentos, no han existido cambios notables. Estas reglas también contienen disposiciones atinentes a documentos, testigos, peritos (designados por las partes o el tribunal) e inspecciones. Además, decretan parámetros generales para la audiencia de pruebas y dan disposiciones referidas al *case management* en materia probatoria (art. 2).

2.3. Orden de producir documentos bajo las *Reglas de la IBA*

De forma sucinta, podemos señalar que las reglas específicas relativas a la producción de documentos se encuentran en el artículo 3, en cuyo inciso 2 se establece: «Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cualquier Parte podrá presentar al Tribunal Arbitral y a las otras Partes una Solicitud de Exhibición de Documentos» (IBA, 2020). Los requisitos que debe cumplir la parte solicitante de la producción de documentos se detallan en el inciso 3 del mismo artículo y se pueden resumir en los siguientes: 1) una descripción de cada documento, o suficientemente detallada de la concreta y específica categoría de documentos que razonablemente se crea que existen; 2) una declaración de por qué los documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución; 3) una declaración de que los documentos no se encuentran en poder, control o custodia de quien los solicita, y 4) una declaración de las razones por las cuales se cree que los documentos están en poder, custodia o control de la otra parte.

Prueba en el Arbitraje Internacional, vigentes en la fecha de inicio del arbitraje» (Cámara de Comercio Americana del Perú, 2021, p. 46).

¹³ Para una comparación con las *Reglas de la IBA*, véase Argerich (2019). Véase también Walker (2023).

Esta regla debe leerse conjuntamente con el ya mencionado artículo 9 de dicho cuerpo de *soft law*, el cual contiene disposiciones referidas a la admisibilidad, valoración y sanciones vinculadas a la actividad probatoria, específicamente para el caso de incumplimiento de una orden de producción de documentos (véase, sobre este punto específico, la parte II). El artículo 9(2) establece que, de oficio o a instancia de parte, el tribunal arbitral podrá excluir la exhibición de cualquier prueba documental. Esto se podrá dar por algunas causales, como *a)* falta de relevancia o utilidad, *b)* existencia de impedimento legal o privilegio, *c)* onerosidad o carga excesiva de la producción de documentos, *d)* pérdida o destrucción del mismo, *e)* confidencialidad, *f)* razones de especial sensibilidad política o institucional (por ejemplo, secretos de estado) o *g)* consideraciones de «economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad» (IBA, 2020)¹⁴. Es decir, aunque una parte cumpla con solicitar la producción de documentos bajo los requisitos del artículo 3, la otra parte o el propio tribunal arbitral podrá excluir uno o más documentos o categorías por las justificaciones detalladas. Claro está, cada tribunal tendrá su propia forma de interpretar estas causales para oponerse a la producción¹⁵. Ahora, si la exhibición de determinados documentos o categoría de documentos ha sido ordenada por el tribunal arbitral (sea porque no se formuló oposición o porque, habiéndose formulado, fue desestimada), se genera un genuino deber de producción de documentos. Como todo deber (*rectius*, obligación), este puede ser incumplido. Como ya se mencionó al inicio de este trabajo, en el caso específico de las *Reglas de la IBA* (2020), el artículo 9(6) establece la regla de la «inferencia adversa». Como se verá más adelante (parte II), si bien esa solución podría ser de sentido común, no es para nada fácil de aplicar ni de determinar su naturaleza y presenta perfiles muy problemáticos bajo la perspectiva del razonamiento probatorio. ¿Cómo se aplican esas «inferencias adversas»? ¿Son realmente inferencias desde el punto de vista epistémico? En efecto, si revisamos la justificación de dicho artículo 9(6), no encontramos una respuesta que pueda resultar satisfactoria¹⁶.

Sin embargo, previamente a entrar en materia, consideramos oportuno abordar brevemente la relevancia del *case management* para la cuestión referida a la producción de documentos en el arbitraje.

¹⁴ Para un análisis detallado, véase Catelli y Brueggeman (2021).

¹⁵ *Cfr.*, sobre este punto, Lal *et al.* (2020).

¹⁶ La IBA Task Force on the Revision of the IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration, Consolidated Amendments (2021, p. 15) ha señalado simplemente lo siguiente: «*Article 9.6 (formerly Article 9.4 in the 1999 text and 9.5 in the 2010 text) of the IBA Rules of Evidence provides that if a party fails to comply with a procedural order of an arbitral tribunal concerning the production of documents, the arbitral tribunal may infer from this failure to comply that the content of the document would be adverse to the interests of that party. This inference also applies when an opposing party does not make a proper objection to a request to produce within the time-limit set by the arbitral tribunal, but nevertheless fails to produce requested documents*». De forma idéntica, el artículo 23 de la *CIETAC Guidelines on Evidence* (China International Economic and Trade Arbitration Commission, 2015) afirma que «*where a party refuses, without justifiable reasons, to produce the document(s) pursuant to a request to produce granted or directly ordered by the tribunal, the tribunal may draw adverse inferences against the party refusing to produce the document(s)*», sin dar mayor detalle sobre esa inferencia adversa.

3. CASE MANAGEMENT, EFICIENCIA Y ARBITRAJE

¿Cuánto esfuerzo realizar para obligar a una parte recalcitrante a producir los documentos? ¿Qué medidas adoptar y en qué momento? Estas interrogantes requieren de una toma de posición respecto a qué es lo que queremos conseguir con el proceso; en otras palabras, el modelo de proceso arbitral que queremos¹⁷.

Esto de por sí genera una situación realmente compleja, pues pone sobre la mesa el binomio «proceso inquisitivo»-«proceso adversarial», lo que trae a debate cuestiones tales como qué es lo inquisitivo y qué es lo adversarial, si es que realmente uno es propio del *common law* y el otro de los sistemas continentales, qué principios o valores contiene cada aproximación¹⁸.

La situación no es pacífica y claramente tiene repercusiones en lo que a la prueba se refiere¹⁹. Muestra de ello es la existencia de las Reglas de Praga (2018) —de corte inquisitivo, como estas mismas se denominan— antes mencionadas, que surgen precisamente como reacción a las *Reglas de la IBA* (2010), pues consideran que estas replican en gran medida las prácticas procesales anglosajonas (especialmente en lo que se refiere a la producción de documentos²⁰), de corte adversarial. Claro que —a diferencia del debate en el ámbito procesal respecto a los modelos procesales y a las funciones del proceso, en el cual entran como variable los fines del Estado como tal²¹— en el arbitraje la cuestión no resulta ser, al menos en apariencia, tan compleja, pues se centra básicamente en la *intensidad* del rol que tendrá el tribunal arbitral, lo que se vincula directamente con los poderes con los que cuenta el tribunal para dirigir el proceso arbitral. Es este entendimiento el que se ha tenido en consideración para poner al binomio inquisitivo-adversarial en el debate en materia arbitral.

Como ya se advirtió desde inicios del siglo xx, un sistema procesal puramente adversarial (con limitados poderes del juzgador) tiene algunos problemas y puede producir una insatisfacción generalizada²². Esto dado que puede generar consecuencias negativas, como una extensión ineficiente del proceso, costos excesivos, entre otros. Por nuestra parte, creemos que, pese a las voces que exaltan ilusoriamente la libertad —casi desenfrenada— de las partes en el arbitraje, la institución no ha sido ajena a la reacción en contra del sistema adversarial «puro» y extremo, requiriendo,

¹⁷ En el proceso judicial, el debate sobre estos temas es de antigua data, y ciertamente amplio. Para un análisis general del problema, desde el derecho procesal civil, véase Cavani y Castillo (2021).

¹⁸ Un análisis crítico sobre las diversas aproximaciones del binomio inquisitivo-adversarial se encuentra pulcramente realizado por Damaška (1986/2000). *Cfr.*, siempre desde una postura crítica, también Taruffo (2006).

¹⁹ Sobre la relevancia del modelo del proceso y su influencia en las cuestiones probatorias, véase Ferrer Beltrán (2017).

²⁰ *Cfr.* Stephens-Chu y Teynier (2020).

²¹ *Cfr.* Jolowicz (2003).

²² Como ya bien señaló Pound (1906).

en cierta medida, un rol más protagónico del tribunal arbitral que permita evitar costos y plazos excesivos²³. En efecto, es la propia práctica arbitral la que ha requerido de los árbitros un rol activo, y prueba de ello es la aplicación del *case management* en el proceso arbitral²⁴.

Como muestra de ello tenemos también a la práctica en los centros más importantes del mundo. Así, por ejemplo, el ya mencionado apéndice IV (en concordancia con los artículos 22 y 24) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, regula expresamente las «*case management techniques*» (ICC, 2021). Aún más, dicho centro arbitral establece expresamente que, en casos de baja complejidad o cuantía, es especialmente relevante asegurar que el tiempo y los costos sean proporcionales a lo que está en juego. En otras palabras, a menos importancia de la controversia, mayor actividad de los árbitros en concluir el proceso arbitral de forma rápida y evitando costos (aunque sea a costa de no descubrir la verdad de los hechos). Dentro de las varias técnicas del *case management* en el arbitraje, tenemos, por ejemplo, la de bifurcar el procedimiento, incentivar acuerdos entre las partes o los expertos, identificar cuestiones que pueden ser resueltas solo sobre la base de documentos y sin necesidad de audiencia, limitar el número de páginas de los escritos o agendar una reunión previa a la audiencia para lograr acuerdos con las partes. Pero no solo ello, sino que también el *case management* se extiende especialmente al ámbito probatorio. Dicho apéndice IV contiene en efecto disposiciones referidas específicamente a la producción de documentos, que ciertamente es la cuestión más discutida en cuanto a su nivel de extensión. Así, por ejemplo, habilita al tribunal a ordenar la producción *solo cuando resulte apropiado* (limitando así la capacidad probatoria de las partes), a limitar la orden de producción a determinados documentos o categorías, a establecer tiempos razonables, y a usar un calendario para la producción. Si bien nos referimos aquí solo al reglamento de dicho centro (uno de los más prestigiosos del mundo), se puede asumir que estas reglas recogen la práctica internacional (Persey, 2010).

En términos más generales, la doctrina había indicado que una de las razones del incremento de las técnicas de *case management* parte de la premisa de que, por así decirlo, *algo no está funcionando*, y, por tanto, que *algo debe hacerse* para que el proceso logre sus fines de forma más eficiente (Elliott, 1986). Esta evolución, ciertamente, no está exenta de críticas (Resnik, 1982) y no podemos negar que la gestión del proceso por parte de un tribunal tiene sus propios valores que priorizan la rapidez sobre el debate (Cadiet, 2003). Sin embargo, esta es la elección que en la mayoría de los procesos arbitrales las partes han decidido adoptar, sea directamente o por referencia a un reglamento arbitral. Esta es la decisión que el «mercado arbitral» imperante (dado

²³ En la encuesta de la Queen Mary University of London y White & Case, del 2012, se resaltaron las peores características del arbitraje internacional, siendo los costos la cuestión más crítica, seguido por la lentitud (34%), y cerrando con la falta de eficiencia de los árbitros (30%) (Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2012).

²⁴ Cfr: Böckstiegel (2012); Kubalczyk (2015).

que esto no depende de una política estatal) ha adoptado: procesos céleres y eficientes a costa de una decisión que tal vez no sea la mejor, en lugar de una decisión justa y sensata, mediante un proceso posiblemente largo y costoso. Esto, a nuestra consideración, se debe en gran parte a la naturaleza misma de los conflictos que suelen resolverse en arbitraje, que en su mayoría son de naturaleza comercial.

¿Qué puede ser lo que no estuvo funcionando? Consideramos que, entre otros, fue darles plena libertad a las partes para dirigir el proceso y concebir el tribunal como un mero espectador sin poderes necesarios de dirección. Es cierto que el discurso imperante sobre el arbitraje señala que las partes son las dueñas del proceso arbitral y que a veces se enfatiza mucho, quizás de una forma retórica, el rol de la autonomía privada. Sin embargo, a la luz de las evidencias y de las evoluciones que han caracterizado los últimos tiempos, no sería insensato afirmar que las partes son las dueñas del proceso arbitral, hasta cierto límite y hasta donde el tribunal lo permita: *case management*.

Lo que queda claro es que el concepto de *case management* se pone, de algún modo, como una antítesis del sistema adversarial, ya que implica la proporcionalidad en el uso de los recursos y del tiempo, siendo el tribunal arbitral el encargado de garantizar ese equilibrio. Con referencia a nuestro tema, el tribunal arbitral, por ejemplo, no tomará (ni puede hacerlo), como sí lo haría una corte estatal, todas las medidas necesarias para hacer que el documento sea producido; por el contrario, recurrirá a otras técnicas procesales que le permitan, de forma «eficiente y rápida», suplir esa omisión. Con esto no queremos decir que las cortes no recurran a dichas técnicas (de ejecución indirecta), sino que también recurren (principalmente) a otros poderes que tienen por finalidad hacer efectiva las ordenes de instrucción (ICC, 2021, apéndice IV, §4). En el caso específico de la práctica probatoria en los arbitrajes, esto se manifiesta, como veremos, esencialmente en sanciones e inferencias adversas, que han sido mencionadas a propósito del artículo 9 de las *Reglas de la IBA* (2020), o en sanciones externas (no vinculadas a la litis) como la distribución de costos.

Ahora bien, toda vez que, por lo menos en la práctica de la prueba, el arbitraje se ha nutrido (al menos en parte) de la práctica judicial, es importante tenerla presente por dos razones: la primera es porque ciertamente sirve de guía para *importar* determinadas reglas, y la segunda es para contrastar las diferencias (en cuanto a los fines, en términos generales) que el proceso judicial presenta con el arbitraje.

Efectivamente, existen reglas especiales y específicas que obedecen a la propia dinámica judicial de un cierto sistema. Piénsese así en el *discovery* o *disclosure* de la tradición anglosajona, que se da en la etapa del denominado *pre-trial*, y permite — siempre con limitaciones— incluso las así llamada *fishing expedition* (sobre todo en Estados Unidos), que en cambio no suele ser permitida en el arbitraje (al menos en la mayoría de las jurisdicciones cuya *lex arbitri* sea aplicable al procedimiento), pues ello podría ir, de repente, contra el orden público de la sede del arbitraje. En otras palabras: determinadas reglas aplicables a la producción de documentos judicial pueden resultar incompatibles con el arbitraje (Adolf, 2022).

A este respecto, es ilustrativo lo señalado en el *ICC Commission Report, Managing E-Document Production* (2016), en el sentido que los tribunales arbitrales deben evitar importar prácticas del sistema judicial que puedan dar lugar a costos o inconvenientes innecesarios²⁵. Inclusive —especifica dicho reporte— si bien pueden aplicarse las «inferencias adversas» en caso de que una parte intencionalmente omita, destruya o altere documentos, si estos se pierden o destruyen por causas no imputables, debido por ejemplo a operaciones de rutina o fallas en el sistema, las sanciones procesales no deberían aplicarse. Es más, en caso de que alguna parte alegue que la otra ha destruido o alterado datos, el reporte dispone que la carga de probar esa situación debe recaer en la parte que lo alega, y no será la parte requerida la que deba probar su diligencia y buena fe. Puede advertirse entonces que, si bien el tribunal arbitral tiene un rol más activo en su función de *mánager* del proceso, no se extrapolan los poderes con los que los jueces de algunas jurisdicciones cuentan (siempre refiriéndonos a la producción de documentos).

Lo que sí es importante resaltar es que, en la práctica, los árbitros no suelen utilizar como deberían sus poderes para realizar *inferencias* o *consecuencias* (*sanciones*) adversas²⁶ (por distintas razones, incluso por desconocimiento o hasta por una «*due process* paranoia» [*cf.* Talavera Cano, 2016]): la sanción por excelencia en el arbitraje internacional es *ex post*, manifestada en la distribución de costos en contra de la parte que omita exhibir documentos o que obra de mala fe (p. ej., haciendo la producción de documentos ineficiente o costosa, así como también falsificándolos, destruyéndolos o no preservándolos). Es por la relevancia de la cuestión que este trabajo se centra en realizar un análisis detallado sobre lo que debe entenderse por *inferencias* y *sanciones* adversas, y cómo estas deben ser aplicadas, dado que la distribución de costas no siempre es la solución adecuada al caso, especialmente si ello va a importar que la parte que ha omitido producir los documentos obtenga un resultado favorable pese a su mala fe. Finalmente, sobre este punto, una cuestión importante a fin de evitar vulneraciones al debido proceso es que el tribunal informe previamente de las consecuencias que se aplicarán en caso de incumplimiento en la producción de las pruebas documentales²⁷.

²⁵ En concreto los puntos 5.31 al 5.33.

²⁶ «[I]nterviewees confirmed that arbitrators are very hesitant to draw adverse inferences explicitly since they are afraid that this may be a ground for challenging the award. This begs the question whether the sanction of “drawing adverse inferences” for a party’s failure to produce documents stipulated in Article 9.5 of the IBA Rules has much teeth at all» (Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2012, p. 21).

²⁷ «El peligro de una eventual anulación del laudo puede eliminarse si el árbitro, a fin de evitar una “decisión sorpresa”, notifica con antelación a las partes respecto de su intención de extraer una inferencia adversa derivada de la falta de presentación de documentos cuya producción ha sido ordenada» (López Fung, 2019, p. 150). Si bien el autor considera que debe aplicarse una *inferencia* adversa sobre la base de la libre evaluación de las pruebas por parte del tribunal (posición que no compartimos), resulta clara la necesidad de advertir a las partes de la sanción que puede conllevar el incumplimiento de un *duty to disclose*.

PARTE II

4. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EXHIBICIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y SANCIONES. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA

Como ya se ha señalado varias veces a lo largo del presente trabajo, uno de los más complejos problemas —de carácter tanto teórico como práctico— relativo a la obligación definitiva (es decir, devenida más no contestable) de entrega de la prueba documental relevante a los fines de la decisión, concierne a la hipótesis en la cual la parte (o también un tercero extraño a la litis) se niegue a cumplir la obligación²⁸. Este es un problema generalizado, con el cual deben hacer cuentas todos los sistemas de resolución de conflictos y no solo el arbitraje (sea interno o internacional). De hecho, si el sistema no previese medios adecuados para vencer, o cuanto menos superar, la resistencia fisiológica de la contraparte a entregar una prueba documental de la cual está en posesión (y que podría, directa o indirectamente, dañarla), entonces vendría frustrado el derecho a la prueba (el derecho de «defenderse probando»), parte necesaria de cualquier concepto de *proceso justo*, tanto dentro como fuera de los confines de la jurisdicción estatal²⁹. Dada la aptitud de la cuestión a presentarse en múltiples contextos distintos (tanto judiciales como arbitrales) consideramos que es importante abordar el tema, en primer lugar, desde un punto de vista teórico y general, tomando como referencia la regulación en las *Reglas de la IBA* (2020) en cuanto solución específica —para el arbitraje— de un problema de carácter universal.

Lo primero que cabe resaltar es que la incorporación al proceso de una prueba de tipo documental que sea relevante tiene un evidente valor epistémico: cuanto más aumenta el conjunto de pruebas que el juzgador tiene a su disposición para valorar, mayor es la posibilidad de que la decisión sea factualmente correcta (Ferrer Beltrán, 2022, p. 53)³⁰. De hecho, puede incluso ser —y no es tan infrecuente— que el documento en las manos de la contraparte sea la *única* prueba potencial del hecho, o de los hechos, controvertido(s), o en todo caso sea la de mayor fuerza: sin este, es entonces muy posible que no se supere el umbral (estándar) suficiente para la toma de

²⁸ Excluimos del presente análisis el caso del tercero extraño a la litis, ya que la estructura del arbitraje es incompatible con la dación de órdenes que se dirigen a sujetos quienes no son partes.

²⁹ La cuestión es la de la así denominada «efectividad de las órdenes de instrucción». Para un estudio comparado sobre el tema, con específica referencia al contexto procesal estatal, en lengua italiana, véase Dondi (1985). Más recientemente, Ficarelli (2004). Sobre el hecho de que un «proceso justo» (*giusto processo*, estatal) necesita de métodos coercitivos para obtener la exhibición del documento, véase Chiarloni (2009). Sobre la dimensión constitucional del derecho a la prueba, véase Taruffo (1984).

³⁰ «El objetivo de la averiguación de la verdad impone [...] la meta de conseguir un acervo probatorio que sea lo más rico y fiable posible, porque rige la máxima epistemológica de que cuanto más completa y fiable sea la información sobre los hechos de que dispongamos, mayor será la probabilidad de acierto en la decisión.»

la decisión. Sin embargo, en casos así, aplicar la regla de juicio que deriva de la carga (objetiva) de la prueba parecería injusto, pues «premiaría» a aquella parte recalcitrante en producir el documento y la incentivaría a actuar de ese modo. Evidentemente, la hipótesis del documento como única prueba representa el caso «crucial» teóricamente más difícil y que aquí nos ocupa más, ya que, cuando existen otros elementos de pruebas alternativos vinculados a la misma cuestión, tanto en contra como a favor del hecho controvertido, serían estos los que deben ser valorados, y el hecho particular consistente en la omisión de la parte de exhibir el documento puede tener, a lo mejor, una fuerza simplemente «integrativa», dentro de un marco de evaluación holístico (ver apdo. 7).

Los problemas prácticos derivan básicamente del hecho de que la entrega de una prueba documental es un acto que recae en la sola esfera de posibilidad de la parte y que no puede ser llevada a ejecución sin la colaboración de esta. Es considerada, en otras palabras, una obligación de *hacer infungible*, la cual no puede ser llevada a ejecución con las modalidades usualmente empleadas para las obligaciones de dar un bien determinado. En muchos ordenamientos, la obligación de entrega de la prueba documental no suele, en efecto, ser realizada mediante las formas que suelen emplearse para la entrega de los bienes muebles (o sea la aprensión material por parte de un sujeto encargado de la fuerza pública), a causa de las dificultades prácticamente insuperables relacionadas con la búsqueda y obtención del documento, aun si esta modalidad es abstractamente concebible (sobre todo cuando la prueba documental sea de fácil ubicación: piénsese en un video grabado por una videocámara fija o en dispositivos electrónicos). Pero, dado que no es este el camino usualmente seguido, el sistema debe asumir esta intrínseca dificultad e imaginar el modo más eficaz de superarla. El problema va entonces afrontado desde el lado de las sanciones en caso de incumplimiento de la parte, es decir, a un nivel de constricción de la voluntad: teniendo en mente, sin embargo, que si la parte persiste en su firme voluntad de no cumplir con la orden de exhibición, aun pagando todas las consecuencias hasta perder el juicio, no se puede hacer nada para que el documento se adquiera materialmente para el procedimiento (con la consecuencia de que se contará, pues, con un acervo probatorio menor, o incluso inexistente, para la decisión). Y, en efecto, es de esperar que muchas veces esta sea la consecuencia; es decir, que la parte prefiera *arriesgarse a perder* el juicio sin producir el documento (y quizás produciendo otras pruebas), en lugar de *perderlo seguramente* presentando un documento desfavorable para sí misma.

Dicho esto —y siempre en vía del todo general— las sanciones abstractamente concebibles son de dos tipos.

a) Las primeras son de naturaleza coercitiva. Son, entonces, o sanciones (a1) monetarias en sentido lato (comprensivas por tanto de la distribución de los costos del procedimiento) o que de todos modos golpean el patrimonio del deudor, denominadas sanciones *in rem* (piénsese en las *astreintes* de la tradición francesa, por cada día de incumplimiento) o (a2) de carácter personal (denominadas *in personam*),

pero solo en el caso de las cortes estatales (p. ej., las sanciones del *civil contempt of court* de la tradición de *common law* que prevén, teóricamente, también el encarcelamiento de la parte recalcitrante por un cierto tiempo definido³¹). Ahora bien, la cuestión de la configuración abstracta o existencia concreta de poderes coercitivos a cargo de los árbitros es muy discutida y no puede ser abordada en esta sede. Solo es suficiente recordar que tradicionalmente se afirma que —siendo el arbitraje un tipo de *jurisdicción privada*— faltarían al tribunal arbitral los poderes coercitivos y ejecutivos que impliquen el uso de la fuerza pública, la cual está reservada al Estado. A diferencia del magistrado, el árbitro —como suele decirse— ejerce la sola *iurisdictio*, que se acaba con la declaración de la regla de conducta para las partes, pero no el *imperium* (del cual formarían parte las medidas de coerción), es decir esa «parte ejecutiva» de jurisdicción, expresión de la soberanía, que está en exclusiva disponibilidad de los jueces estatales. «*Le juge a la iurisdictio et l'imperium, l'arbitre ne dispose que de la iurisdictio*» [el juez posee la jurisdicción y el *imperium*, el árbitro solo dispone de la jurisdicción] (Jarrosson, 1987, p. 104)³². En realidad, las cosas son más complejas. Es cierto que la distinción entre *iurisdictio* e *imperium* ha sido bastante criticada sobre la base de la supuesta existencia de «poderes inherentes» al ejercicio de la jurisdicción (así llamado «*imperium mixtum*» del árbitro) y algunos ordenamientos ahora reconocen de manera expresa a los tribunales arbitrales el uso de medidas compulsorias (*astreintes*) al fin de dar más efectividad a sus órdenes de instrucción (por ejemplo, la ley arbitral estatal de Francia³³ y la ley arbitral estatal de Bélgica³⁴). Por parte nuestra, consideramos que nada impide el reconocimiento de tales poderes, aun implícitamente³⁵, a los árbitros, naturalmente salvo que el convenio arbitral los haya excluido expresamente. Lo que los árbitros, en cambio, sí pueden hacer sin dudas es redistribuir los costes del proceso en clave sancionatoria (v. Regla 9(8) (IBA, 2020)), en el caso en que la parte no se haya comportado de buena fe durante la práctica de la prueba³⁶. Es cierto que el

³¹ Para un examen general de estas técnicas de ejecución de las órdenes del juez, véase Giabardo (2022).

³² Véase sobre la misma cuestión, Jarrosson (1991). La frase en el texto está citada también en Chekroun (2009).

³³ «*Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte*» (Code de procédure civile, art. 1467, al. 3). Cfr. Cour d'appel Paris, 24 mai 1991: «*Le prononcé d'une astreinte, visant à assurer l'exécution de la sentence, constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger et dont le caractère comminatoire [...] ne caractérise pas un outrepassement de la mission des arbitres*».

³⁴ «*Le tribunal arbitral peut condamner une partie au paiement d'une astreinte*» (Code judiciaire, art. 1713, §7). En doctrina, Van Compernelle (2014).

³⁵ Sobre los poderes implícitos o «innominados» de los árbitros, véase Del Prato (2018): «En dichos documentos se enumera estos poderes “innominados” en dos categorías: los poderes implícitos (*implied*) y los inherentes (*inherent*). Los primeros, aunque no explicitados, se obtienen del acuerdo de las partes sobre las reglas de desarrollo del arbitraje, sobre el modelo de los *implied terms*; los segundos, los *inherent powers*, se derivan de la función arbitral y son instrumentales para salvaguardar la jurisdicción arbitral, para preservar la integridad del procedimiento y para la obtención de un laudo válido y ejecutable».

³⁶ «*If the Arbitral Tribunal determines that a Party has failed to conduct itself in good faith in the taking of evidence, the Arbitral Tribunal may [...] take such failure into account in its assignment of the costs*

alcance coercitivo de esta medida es, en el mejor de los casos, muy limitado, ya que —como se ha escrito con gran eficacia— «*a party would much rather pay the costs of an arbitration that it was able to win because it withheld damaging evidence, than split the costs of an arbitration that it lost because it produced such evidence*» (Bedrosyan, 2016, p. 250; Greenberg y Lautenschlager, 2011, p. 203).

b) La segunda clase de «sanciones» actúan no sobre (el patrimonio o la libertad de) las partes, sino directamente sobre la litis, en el sentido que la negativa de la entrega del documento determina, o puede determinar, el *vencimiento* de la parte desobediente sobre el punto de hecho controvertido (y, por tanto, potencialmente, sobre toda la pretensión, cuando sea del todo vinculada a dicha cuestión controvertida) y, por ende, la *victoria* de la contraparte (sobre ese punto y por tanto, potencialmente, sobre la disputa entera). Es esta, notoriamente, la solución adoptada por el art. 9(6) de las *Reglas de la IBA* (2020) así como por otras normas procesales tanto estatales como de arbitraje, nacional o internacional³⁷. Es únicamente sobre este tipo de consecuencias que concentraremos nuestra atención. Ahora, en este segundo caso, diremos que el sistema prevé una consecuencia —que podemos definir sancionatoria *en sentido lato*— la cual puede, a su vez, ser concebida bajo dos formas, o concepciones, distintas: (b1) como una verdadera y real inferencia probatoria negativa (*adverse inference*) sobre la existencia del *factum probandum*, a partir del elemento conocido y cierto de la conducta desobediente de la parte —hipótesis, a nuestro parecer y como será claro más adelante, sumamente problemática, en cuanto *antiepistémica*—; o (b2) como una sanción *strictu sensu*, en el sentido que el juez (o el árbitro), al constatar la falta de producción en juicio del documento (y en defecto de otras pruebas), determina la pérdida de la parte sobre aquella precisa cuestión fáctica, sin comprometerse, a nivel epistémico, con su acaecimiento o su existencia. En este último caso, la parte perdería no ya porque *se tiene por probado* un hecho constitutivo de la pretensión opuesta, sino únicamente en virtud de la sanción. El decisor no realiza aquí ninguna inferencia de carácter probatorio sobre el mérito del caso, sino simplemente aplica la sanción.

La distinción que acabamos de hacer puede, a primera vista, parecer irrelevante (en ambos casos, la parte desobediente pierde sobre el punto), pero no lo es. En la primera hipótesis, la decisión (sentencia o laudo) contiene una auténtica *decisión sobre la existencia de un hecho* (un auténtico «*accertamento*», según las categorías italianas³⁸); esa decisión, por lo tanto, en cuanto sea firme y según el ordenamiento vi-

of the arbitration, including costs arising out of or in connection with the taking of evidence» (IBA, 2020, artículo 9(8)).

³⁷ Por ejemplo, la misma previsión está contenida en el art. 23 de las *Guidelines on Evidence* (China International Economic and Trade Arbitration Commission, 2015): «*Where a party refuses, without justifiable reasons, to produce the document(s) pursuant to a request to produce granted or directly ordered by the tribunal, the tribunal may draw adverse inferences against the party refusing to produce the document(s)*».

³⁸ *Accertamento* es una palabra técnica de la dogmática italiana del derecho procesal civil que no tiene un preciso correspondiente en castellano. Indica esa parte de la sentencia (o del laudo) que *establece*, de forma autoritativa, el supuesto fáctico de la decisión, después de haber averiguado los hechos según

gente y la disciplina considerada, podrá ser invocada y utilizada *como medio de prueba de los hechos* (i.e., *premisas fácticas*) *allí afirmados* en otro juicio sucesivo, de cualquier tipo que sea (arbitral o no, entre las mismas partes o no, y con eficacia distinta, aun si no automática, siempre según el ordenamiento positivo que se considere³⁹). En el segundo caso, en cambio, esta «extensión probatoria» fuera del juicio originario sería siempre y por definición impropia (pues no existe un *accertamento* sobre el hecho), en cuanto carente de cualquier justificación epistémica (y de motivación) (véase apdo. 6).

Especifiquemos que estas dos formas de sanciones (a y b) no son excluyentes entre sí y bien pueden acumularse: la existencia de poderes coercitivos no es incompatible con la previsión de consecuencias adversas sobre la litis. Inclusive, muchos sistemas procesales (de orden estatal, como por ejemplo el italiano o el estadounidense) dan al decisor ambas posibilidades⁴⁰.

las normas procesales. Su función es la de proporcionar la certeza (jurídica) incontrovertible acerca de los hechos (*accertamento dei fatti*) y, por ende, acerca de la existencia del derecho que se funda en esos mismos hechos (*accertamento del diritto*). En el texto, a los fines de utilizar este concepto, usaremos la expresión «decisión o determinación sobre los hechos» (o similares).

³⁹ Naturalmente, salvo los efectos derivantes de la eficacia de cosa juzgada de la decisión (sentencia o laudo), entre las mismas partes y según la extensión subjetiva y objetiva prevista; lo cual, sin embargo, es un tema distinto que no tiene una dimensión probatoria. El tema al cual se hace referencia en el texto es el de la eficacia probatoria de la sentencia (o del laudo) *como acto*, con relación a los *enunciados fácticos* puestos a la base del derecho. En Italia, por ejemplo, la sentencia (o el laudo) es considerada una «prueba atípica» cuando se utiliza en otros procesos civiles (entre partes distintas o con objetos distintos), es decir una prueba que, aun si no está mencionada ni disciplinada por el código procesal civil, es admisible y puede ser *valorada libremente* por el juez. Analiza de manera expresa este difícil problema, entre otros, con referencia a la sentencia judicial, Quetzola (2016, p. 195 ss.), quien al respecto otorga al juez del segundo caso una (oportuna) libertad en cuanto a la valoración de las declaraciones sobre los hechos contenidas en una sentencia firme precedente: «Es suficiente, de hecho [...] limitarse al plano lógico para afirmar y constatar cómo, *de por sí*, la irrevocabilidad no parece atribuir a la decisión ninguna calidad relevante en cuanto a su potencial alcance demostrativo [...]. Si el juez al que se atribuye concretamente un cierto proceso decide utilizar, para su propia decisión, la *decisión sobre los hechos* (it: *l'accertamento*) que otro juez realizó en un distinto proceso terminado con una decisión devenida intangible, podrá naturalmente hacer eso [...] justamente porque ese hecho, que resulta averiguado (it: *accertato*) mediante una decisión que tiene la calidad de cosa juzgada, tiene también él esa misma calidad. Pero, si ese mismo juez considera —debido a que en la viva etapa de instrucción en curso en el proceso en el que él está ocupado emergen elementos que le dan la apariencia de que esa decisión previa sobre los hechos (it: *accertamento*) es más frágil de lo que la armadura de la cosa juzgada le haga ver desde lejos— no utilizar esa decisión (it: *l'accertamento*) [...] y juzgar de modo diferente, es libre de hacerlo y no podríamos, a estas condiciones, opinar distinto». En la literatura en castellano, véase Romero Seguel (2012). Antiguamente, en italiano, ya Calamandrei (1938, p. 569): «Podemos, pues, por lo pronto, considerar pacífico este punto: que considerar los juicios históricos contenidos en las premisas de una sentencia como expresión de una verdad legal que tiene su raíz en los principios mismos de la cosa juzgada, sería ciertamente un error».

⁴⁰ En Italia, el artículo 210, *comma 4* del Codice di procedura civile (en adelante, CPC 1940) establece que el juez (a) puede inferir «argumentos de prueba» desde la omisión de la parte de producir el documento (véase, críticamente, *infra* en el texto) y también puede pronunciar, hacia la parte desobediente o hacia un tercero, una pena pecuniaria de quinientos hasta tres mil euros (esta última posibilidad, por cierto, ha sido introducida muy recientemente, en el 2023). El artículo 37 (Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery, Sanctions) de las *Federal Rules of Civil Procedure* de

c) Una tercera posibilidad, de carácter no sancionatorio —y que no abordaremos en este trabajo— consiste en invertir la carga de la prueba por parte del juzgador (así llamada carga «dinámica» o flexible de la prueba o, en el ordenamiento italiano, principio de «*vicinanza della prova*», es decir cercanía de la prueba): en la práctica, ya no sería la parte que no está en posesión de la prueba documental quien debe probar el hecho constitutivo controvertido (por ejemplo, el paciente, respecto a la negligencia del médico, en el caso de responsabilidad civil), sino que es la parte más «cercana» al medio de prueba quien debe probar el hecho contrario (es decir, sería el médico quien tiene la carga de probar su diligencia, en cuanto más facilitado en ofrecer la prueba). Esta opción no nos convence, entre otras razones porque la dinamización de la carga (subjettiva) de la prueba podría conllevar una modificación judicial de las normas sustantivas, que ya establecen quién debe probar y qué (Ferrer Beltrán, 2019; 2021). Por ello, sería preferible potenciar *la carga (o el deber) de aportación (burden/duty of production)*, mediante un sistema de incentivos o sanciones que empujen a las partes a producir documentos aun cuando estos sean contrarios a sus intereses.

5. LA DEBILIDAD EPISTÉMICA DE LAS INFERENCIAS ADVERSAS. ¿LA OMISIÓN COMO ELEMENTO DE JUICIO?

Como ya se ha señalado, el art. 9(6) de las *Reglas de la IBA* (2020) establece que el tribunal arbitral, en caso de falta de exhibición del documento (sin que la parte destinataria de la orden ofrezca una justificación satisfactoria), podrá considerar el documento contrario a los intereses de la parte (*adverse inference*)⁴¹. ¿Cuál es el significado técnico de esta previsión?

La estructura es la de las presunciones llamadas (erróneamente) *simples* u *hominis*, las cuales, sin embargo, bien vistas, no son otra cosa que razonamientos de tipo inferencial (Ferrer Beltrán, 2022, p. 423)⁴². La disposición parece dar a los árbitros la posibilidad (no la obligación) de *inferir* un cierto hecho ignoto *p* (contrario a los in-

Estados Unidos determina que (2a) «*if a party [...] fails to obey an order to provide or permit discovery*», la corte puede (2a1) «*directing that the matters embraced in the order or other designated facts be taken as established for purposes of the action, as the prevailing party claims*», es decir tomar los hechos descritos en la orden de exhibición así como la parte adversa los considera.

⁴¹ Sobre esta cuestión en específico, véanse Bedrosyan (2016); Sharpe (2006); van Houtte (2009); Rizzo Amaral (2018).

⁴² Sobre el concepto de presunción, la literatura es bastante amplia; véase Taruffo (1974); (1991), (1992); (2010). Es preciso especificar que la «presunción» de la cual hablamos en el texto se distingue de la presunción *strictu sensu* de origen legal, donde de la prueba del hecho-base debe seguir necesariamente (salvo prueba contraria) el hecho-presunto. Es por esta razón que, en el caso tratado en el texto, coincidimos que sería mejor dejar de hablar de presunción y hablar de inferencia *tout court* («es tremendamente confundente llamar presunción a lo que es, en realidad, una inferencia probatoria» [Ferrer Beltrán, 2022, p. 424]).

tereses de la parte destinataria de la orden de exhibición) a partir de la falta de prueba de *non-p* (o, viceversa, de inferir *non-p* de la ausencia de prueba de *p*).

Evidenciamos aquí que la prueba *falta*: no hay ni prueba de *p* ni prueba de *non-p*. Hay ausencia de cualquier prueba que verse *directamente* sobre el hecho a probar. Lo que hay —y es *cierto, y no necesita ser probado*— es simplemente una conducta procesal, un comportamiento de la parte, que nada tiene que ver con el hecho objeto de prueba, la cual se ha negado a exhibir el documento aun estando obligada a hacerlo. Este es el único hecho conocido —ya no visto en su lado *omisivo*, sino en el *comisivo*, es decir, como conducta positiva— del cual se extrae el hecho ignoto (*p*). La *ratio* subyacente —podemos decir, la *máxima de la experiencia*, la generalización empírica— que permitiría pasar del hecho-base «desobediencia» al hecho-presunto es que la parte no ha exhibido en juicio el documento en cuanto este es de valor probatorio favorable a la parte que ha pedido la exhibición (de lo contrario, si lo hubiera beneficiado a él, lo hubiera producido). La falta de exhibición aquí sería tomada como un *indicio*, un *signo* de la contrariedad del documento a los intereses de la parte. A este propósito, la doctrina arbitral habla, quizás impropriamente, de una *prueba indirecta* (*indirect evidence*: p. ej., Bedrosyan, 2016, p. 247) la cual puede, e incluso debe, ser sopesada con otros elementos de juicio, si se cuenta con ellos (v. *infra*). Sin embargo, el problema con dicha inferencia es que puede confundir las máximas de la experiencia con meras conjeturas, pues la parte recalcitrante pudo haber tenido múltiples razones, distintas a la contrariedad en el caso concreto, para no producir el documento (por ejemplo, que contenga información sensible cuyo valor es mayor a perder el caso, que permita dar pie a otras pretensiones en contra, etc.).

El problema del valor probatorio de la negativa a presentar un elemento de juicio se presenta con gran frecuencia en muchos contextos procesales. Piénsese en el silencio: ¿es posible, y si es así, con qué límites, inferir *algo* de la falta de respuesta a un interrogatorio (en el ámbito de las investigaciones de policía, o durante el proceso penal, o durante un proceso civil)? Es notorio que muchísimos sistemas, en línea con la sensibilidad moderna, reconocen, dentro del recinto del proceso penal, un *right* (o *privilege*) *to silence*, parte del derecho a no autoincriminarse (denominado principio del *nemo tenetur se detegere* o *nemo tenetur edere contra se*), pero este aun no garantiza que el silencio sea completamente irrelevante, en cualquier circunstancia⁴³. En la tutela civil, en cambio, rigen otros valores. El proceso civil italiano, por ejemplo, asigna un claro rol al silencio, ya que la falta de contestación, proveniente de la parte *constituida* en juicio, de los hechos alegados por la contraparte, los vuelve *pacíficos*, es decir que no necesitan ser probados (artículo 115, *comma* 1, CPC 1940): norma contestada y muy contestable bajo el

⁴³ Cfr., p. ej., la sección 34 del *Criminal Justice and Public Order Act, 1994*: «Where, in any proceedings against a person for an offence, evidence is given that the accused at any time before he was charged with the offence [...] the court or jury, in determining whether the accused is guilty of the offence charged, may draw such inferences from the failure as appear proper». Críticamente, sobre esta previsión, véanse Jackson (2001); Jain (2022). Más en general, Ho (2022).

perfil epistémico (Taruffo, 2008). Un discurso aún más radical podría hacerse con referencia al caso de la negativa del presunto padre a someterse a la toma de muestra sanguínea en un proceso de reconocimiento de paternidad: ¿en qué relación se encuentra esta conducta omisiva con el hecho de la paternidad? Es muy posible (aunque no compatible) que un determinado ordenamiento decida hacer descender automáticamente la consecuencia de la paternidad, judicialmente declarada, a partir de la pura negativa de someterse al examen del ADN (es el caso, por ejemplo, del ordenamiento peruano); pero es necesario decir claramente que en este caso la consecuencia opera como pura y verdadera *sanción* y no como inferencia⁴⁴. ¿Y qué decir, en fin, de la *rebeldía (contumacia)*, la conducta omisiva por excelencia, o sea la ausencia voluntaria de la parte de todo o de parte del juicio (civil)? ¿Sería sensato afirmar que la falta de constitución de la parte en juicio, aunque ritualmente demandada, es un signo probable de la falta de fundamento de su pretensión? En otras palabras: la parte, no compareciendo, ¿está, quizás, *tácitamente* confesando? (teoría de la *ficta confessio*). Muchos ordenamientos jurídicos rechazan esta lectura, y ciertamente la rechaza el sistema procesal italiano, que se conforma, tradicionalmente, al principio de la neutralidad epistémica de la rebeldía.

Volvamos a nuestro caso de la falta de presentación de la prueba documental como «síntoma» de la contrariedad del documento a los intereses de la parte. Desde el punto de vista de la justificación epistémica, consideramos que esta inferencia está entre las más débiles que se puedan hacer, pues —como se ha señalado— podría caer en la mera conjetura. *Es una prueba que prueba poco*. Su valor es mínimo (incluso si —entendemos— no nulo: ver apdo. 7) y por esta razón —a nuestro entender— del todo inadecuado para fundar, sola y de manera epistemológicamente racional, una decisión sobre un hecho. El comportamiento es en realidad un *hecho procesal* y como tal extraño a los hechos del juicio. Falta el nexo con el hecho pasado.

A este propósito, otro paralelismo útil puede ser diseñado nuevamente con el ordenamiento procesal italiano. El artículo 210 CPC 1940 (en la parte en la que reenvía al art. 116, *comma* 2, CPC 1940) permite al juez extraer (*trarre*) «argumentos de prueba» a partir de la falta de exhibición del documento (o de la falta de consenso para permitir una inspección judicial) así como más en general del comportamiento en juicio (*contegno*) de las partes⁴⁵. Ahora bien, la categoría del «argumento de prueba» no brilla ciertamente por su claridad (Chiarloni, 1986). Por una cuestión de precisión del

⁴⁴ Nos referimos a la Ley n. 28.457, de 8 de enero de 2005 (y sucesivas modificaciones). Art. 1: «Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juzgado de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. [...] Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el juzgado declara la paternidad extramatrimonial y dictará sentencia pronunciándose además sobre la pretensión de alimentos». Art. 2: «La oposición no genera declaración judicial de paternidad siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN». Críticamente, sobre la consecuencia como inferencia o como sanción, véase Cavani (2017).

⁴⁵ En la doctrina italiana, véase Gradi (2016).

lenguaje, consideramos también que, al igual que la noción de *indicio*, no debería ser utilizada: un elemento o es potencialmente idóneo para probar *algo* (por poquísimo o tanto que sea) y entonces *es* una prueba; o no es idóneo, porque, por ejemplo, la ley excluye que pueda ser valorado (piénsese en los mensajes anónimos para la determinación de la culpabilidad en el proceso penal o en un testimonio obtenido mediante tortura) y entonces no es, conceptualmente, una prueba: de las dos la una, y es difícil admitir categorías que están en el medio (muy claramente, Ferrua, 2020, p. 5: «“Prueba” es todo lo que puede ser valorado por el juez con respecto a una determinada proposición para probar. No existen entidades intermedias entre lo que es prueba y lo que no es prueba»). Pero, más allá de esta cuestión en gran parte terminológica, lo que el Código italiano (CPC 1940) quiere probablemente decir con la expresión «argumento de prueba» es que la conducta procesal no debería ser considerada idónea *por si sola* para fundar una *decisión sobre un hecho* (un *accertamento*) (Poli, 2022)⁴⁶. Es —como suele decirse— una *probatio inferior*, un elemento de juicio que la ley considera de orden y de grado inferior.

Esta consideración puede extenderse a la regla IBA que aquí se analiza. En efecto, una parte —especialmente en un contexto como el del arbitraje internacional— puede tener muchas razones que poco o nada tienen que ver con el punto controvertido por no querer exhibir un documento: o porque esto contiene información sensible, sea que versen directamente sobre el caso o no, o porque del mismo es posible recabar elementos ulteriores que podrían ser utilizados por la contraparte para fines distintos o, más en general, porque contiene particularidades que la parte considera que no deben hacerse públicas. Pensemos en el caso de manual de una prueba de video que, además de probar el punto controvertido (p. ej., la diligencia del médico en un caso de responsabilidad médica), ofrece también la prueba de una infidelidad conyugal; o en un documento fiscal que contiene elementos que podrían constituir delito⁴⁷. La parte, por cuanto no tendría nada que temer sobre el punto de hecho controvertido en juicio, podría ser presionada a no querer exhibir la prueba documental por razones distintas. No hacerlo, la llevaría a perder el caso —consecuencia esta, por cierto, que nos parece de buen sentido y a la cual no nos oponemos, siempre que sea vista en su lado estrechamente sancionatorio (ver apdo. 6)—, pero nunca podría ser sobre la base de *tener por probado* un hecho en virtud de una inferencia epistemológicamente injustificada. Nuestra crítica, entonces, apunta no al pronunciamiento de una condena *en sí*, sino a la condena por la razón equivocada.

⁴⁶ Sobre el tema, además de Poli (2022), véanse Ricci (1988) y Ruffini (2004).

⁴⁷ En la misma dirección, Poli (2022, p. 465) (con respecto al mismo problema en el proceso civil italiano): «... no es posible fundar ninguna conexión epistémica seria entre la premisa (la conducta) y la conclusión (la verdad de los enunciados facticos de la parte quien ha pedido la exhibición de los documentos) porque —[...]—, cuando no existen otros elementos probatorios, *son demasiado altas las probabilidades de que las preocupaciones relativas a la exhibición de los documentos, aun si referidas a su contenido, se deban a circunstancias no directamente conexas con la causa en curso, sino, por ejemplo, con otras posibles controversias, quizás de diferente naturaleza*». (Las cursivas son nuestras.)

6. LA NATURALEZA DE SANCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO DE LA «CONSECUENCIA ADVERSA» DE LA REGLA 9(6) IBA (CON UNA PEQUEÑA DIVAGACIÓN DE DERECHO COMPARADO)

Pero entonces, ¿qué podrá hacer el árbitro, en caso de que la parte se niegue a obedecer la orden de exhibición del documento, y *no estén disponibles otros elementos de prueba* (en un contexto, además, como lo arbitral, en el cual no siempre es posible utilizar poderes coercitivos)? ¿La interpretación del hecho específico controvertido de forma contraria a los intereses del obligado (de modo que este último, de repente, pierda el arbitraje) sobre la base de la *sola* negativa a consignar la prueba (y siempre que no existan otros elementos de juicio) debería ser, por tanto, excluida en virtud de lo que hemos dicho?

No: consideramos que la amenaza de la condena juega un rol demasiado importante en los arbitrajes internacionales para poder prescindir de ella. Es por tanto nuestra opinión que la decisión en sentido contrario a los intereses de la parte desobediente sobre el específico punto controvertido prevista por el art. 9(6) puede estar justificada en tanto se conciba como *sanción en sentido estricto*, es decir como pura y simple consecuencia derivada de la no obediencia a una orden de la corte y, por lo tanto, sin una motivación de orden epistémico. No debe haber ningún compromiso, ni expreso ni tácito, sobre la verdad o falsedad del supuesto fáctico. La sentencia de condena no acredita lo sucedido. Consideramos que la disposición debe ser leída bajo esta óptica.

La naturaleza puramente sancionatoria de la consecuencia adversa se infiere, por un lado, del hecho de que esta es antes que nada y primariamente directa a presionar a la parte a cumplir la obligación de producción (con un efecto, por lo tanto, disuasorio de la conducta desobediente: llamado *in terrorem effect*; Bedroysan, 2016, p. 252). La sanción tiene el fin primario de incentivar la producción del medio de prueba y, más en general, la leal colaboración y la buena fe de ambas partes para la justa resolución de la litis⁴⁸. De otro, porque concebir la consecuencia como sanción nos da la posibilidad de descartar cualquier determinación epistémica (*accertamento*). *La aplicación de la sanción excluye cualquier accertamento sobre el punto.*

Estaremos en presencia, en palabras más simples, de una *condena (sobre el hecho concreto o sobre la disputa) sin decisión fáctica*. La técnica no es desconocida en el mundo de *common law* y, en particular, en el proceso civil inglés, donde la desobediencia a una orden de la corte (*failure to comply with a courts' order*), sobre todo en el ámbito de la *disclosure*, puede llevar, discrecionalmente, al pronunciamiento de sanciones procesales como la *order of striking out* —o sea, el rechazo de la corte de seguir

⁴⁸ Cfr. art. 3 del preámbulo (IBA, 2020, p. 7): «*The taking of evidence shall be conducted on the principles that each Party shall act in good faith*».

adelante con el proceso, con la automática pérdida de la litis por la parte recalcitrante⁴⁹— o como el *debarment from defending*, o sea la formal exclusión forzosa del proceso de la parte que no ha cumplido la orden de instrucción y su condena (ambos poderes derivan de las facultades de *case management* y de los denominados *inherent powers* de las cortes de *common law*). En estos casos, como se ha dicho, estaremos ante condenas sin *averiguación y determinación de los hechos*, únicamente basadas en sanciones procesales.

A este preciso propósito es relevante recordar la tan famosa y compleja controversia, de derecho internacional privado, conocida como «Gambazzi-Stolzenberg», que versaba exactamente sobre la admisibilidad de estos tipos de decisiones dentro del espacio jurídico europeo. No es posible, aquí, reconstruir todas las etapas procesales. Baste solo resaltar que la parte (el abogado suizo Gambazzi), en un proceso ante la *High Court* londinense, fue sancionada por *civil contempt of court* (desacato judicial) y excluida del proceso por orden del juez, y por lo tanto impedida de defenderse, por no haber obedecido a un *disclosure order* (en específico, una orden de dar información acerca de su patrimonio y de exhibir documentos en su poder). Por lo tanto, al final perdió el proceso en un juicio en el cual no había estado en grado de defenderse (indefensión) y que había rechazado sus pretensiones sin una auténtica decisión epistémica sobre los hechos (sin un *accertamento*) y entonces sin una verdadera motivación (*default judgment*). En sede de reconocimiento del fallo en otros países europeos (y no solo europeos), a los fines de la ejecución, se planteó la cuestión de la compatibilidad de esta sentencia de puro carácter sancionador con el denominado «orden público procesal europeo» (*ex art. 27, comma 1, Convenio de Bruselas, 1968, aplicable, en ese entonces, a la controversia*). El caso escaló hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —a consecuencia de un reenvío prejudicial de las cortes italianas—, el cual afirmó la compatibilidad «en abstracto» de pronunciamientos de tipo «puramente sancionatorio» con el orden público europeo, compatibilidad que fue después confirmada «en concreto» por las cortes italianas, en cuanto la sanción de la indefensión no constituyó un «menoscabo manifiesto y desproporcionado del derecho del demandado a ser oído» (dado que la parte hubiera podido defenderse, simplemente cumpliendo con la orden de *disclosure*)⁵⁰.

Consideremos que este planteamiento podría ser aplicado en la interpretación del artículo 9(6) de las *Reglas de la IBA* (2020).

⁴⁹ *Rule 3.4., Power to strike out a statement of case*, de las Civil Procedure Rules del Reino Unido: «(2) *The court may strike out a statement of case if it appears to the court (c) that there has been a failure to comply with a rule, practice direction or court order*». A veces, las cortes utilizan esta sanción en caso de comportamientos de las partes que tienen una connotación particularmente negativa o en mala fe (*misconduct*, p. ej. cuando una parte falsifica o destruye a propósito un documento, véase *Arrows Nominee Inc. v Blackledge* [2000] All ER (D) 854). Sobre la institución del *striking out*, véanse Passanante (2010, p. 985); Andrews (2017, p. 213 ss.) y (2003, p. 521).

⁵⁰ Véase *Gambazzi contra Dailmer Chrysler Canada y CIBC Mellon Trust*, C-394/07, STJUE, de 2 de abril de 2009. En la doctrina italiana, véase D'Alessandro (2009). Sobre el asunto, también Cuni-berti (2009) y (2010).

Naturalmente, dada la ausencia de cualquier fundamento epistémico de la condena, resulta que el supuesto fáctico de la decisión, aun cuando esta sea firme, inmutable e incontrovertible, no podrá ser invocado como prueba en otro proceso, ni tampoco con eficacia libremente valorable (salvo, naturalmente, el efecto de cosa juzgada, la cual, sin embargo —según el saber común— no cubre las declaraciones de los hechos; véase nota 40).

Esta es la razón por la cual preferimos hablar de «consecuencia» (y ya *no* de «inferencia») adversa, en cuanto la sanción excluye cualquier razonamiento de tipo probatorio-inferencial. Por ello, consideramos que la perspectiva de la condena (sobre el hecho específico y potencialmente sobre la entera litis) sea un aspecto que merece ser preservado.

6.1. UNA ESPECIFICACIÓN

Lo que hemos dicho, entiéndase bien, no comporta en absoluto que el juez esté siempre constreñido a aplicar la sanción en caso de cualquier incumplimiento, aun cuando normativamente injustificado, con la orden de exhibición. Lo que queremos decir es que, *cuando* la parte resulte perdedora sobre el específico punto de hecho controvertido, en virtud de su *sola* conducta procesal (ya que no existen otros elementos de juicio que versen sobre *ese* hecho), entonces esta consecuencia debe ser entendida estrictamente como sanción, y no como producto de una verdadera decisión fáctica. Pero no queremos decir que al incumplimiento deba *siempre* y automáticamente seguir la condena sobre el punto, por ejemplo cuando hayan emergido otros elementos de juicio que van en dirección contraria a la sanción y que, eventualmente, tienen una mayor fuerza probatoria. Es importante excluir cualquier automatismo sancionatorio, a fin de exigirle al juez que considere otros elementos de juicio; y de hecho, el art. 9(6) aquí examinado afirma que el juez «puede», no que «debe», aplicar la consecuencia adversa, y este término juega un rol muy importante. En otras palabras, se debe conservar un área de discrecionalidad del tribunal arbitral en los casos en que la parte destinataria de la orden ofrezca una prueba contraria capaz de vencer la sanción. En efecto, podría darse el caso de que la parte haya ofrecido diversos documentos (u otros medios) que van en determinada dirección, y su contraparte solicite una exhibición solo con la finalidad de invalidar dichas pruebas mediante la aplicación de la sanción. Por ello, la sanción no puede aplicarse como un mero automatismo, sino que quedará en discreción del tribunal arbitral el decidir aplicarla, que —en nuestra opinión— sería cuando la exhibición genere «la» prueba determinante sobre la cuestión fáctica controvertida. En otras palabras, la sanción procesal no podría dejar sin eficacia a medios de prueba que hayan probado el hecho.

El problema mayor es *cuáles* pueden ser estas pruebas idóneas para vencer la sanción. Para garantizar la eficacia disuasoria de esta última, nos parece que *no* podría ser un medio de prueba *cualquiera*: sería muy inefectivo que la parte pueda «escapar» de la consecuencia adversa de no haber presentado, a propósito, un documento im-

portantísimo simplemente trayendo a juicio, por ejemplo, una muy débil prueba testifical en su favor. Más bien, la prueba contraria ofrecida debería ser particularmente calificada y dotada de un fuerte potencial demostrativo, según una ponderación de los pesos probatorios que el tribunal hará necesariamente caso a caso y excepcionalmente. El árbitro debería entonces tener particular cuidado para evitar fáciles abusos por la parte desobediente.

7. CONCLUSIÓN. LA «NO EXHIBICIÓN» COMO ELEMENTO DE JUICIO EN CONJUNTO CON OTROS ELEMENTOS QUE APUNTAN HACIA LA MISMA DIRECCIÓN

Una última aclaración final. Hemos dicho *supra* que la conducta procesal —en nuestro caso, consistente en la negativa a exhibir la prueba documental— tiene un valor probatorio *muy bajo* en un razonamiento probatorio de tipo inferencial sobre los hechos objetos del juicio: podría, pues, *por si sola*, fundamentar una «condena sancionatoria» (sin motivación sobre el hecho concreto, en calidad de pura sanción), pero no una inferencia probatoria. Sin embargo, consideramos que sería asimismo quizás injusto excluir del todo *cualquier* valor probatorio. Al final, la parte ha omitido presentar voluntariamente una prueba que tenía a su disposición y que la contraparte ha pedido que se presentase, sin dar justificaciones al respecto (o dando justificaciones que han sido rechazadas). Afirmar que el valor de la omisión, por si sola, es *muy bajo* no significa afirmar que sea *epistemológicamente irrelevante*. Entonces, si no parece racionalmente justificable fundar una decisión fáctica sobre la sola y única base de la negativa de consignar un documento (justamente por la heterogeneidad de los motivos que puedan empujar a la parte a una decisión así), no parece injustificado que esta *pueda*, en cambio, ser valorada *como genuino elemento de prueba* en concomitancia con otros elementos a favor de la misma conclusión (probablemente, pero no necesariamente, presentados por la contraparte), los cuales, valorados por sí solos, quizás no habrían sido suficientes para fundar la decisión sobre el mérito. En otras palabras, consideramos que la falta de exhibición de un documento siempre *puede* tener un rol *integrativo* respecto a los resultados ya emergidos (si hay) y que van en la misma dirección (refiriéndose a la práctica arbitral, Greenberg y Lautenschlager, 2011). Este, sin embargo, es un caso más fácil respecto a la hipótesis «crucial» que nos hemos planteado en este trabajo, ya que el tribunal cuenta con un acervo probatorio que pueda corroborar, o no, la inferencia adversa⁵¹.

Imaginemos que el decisor disponga, a favor de la prueba (*proof*) de un cierto hecho X, de los medios de prueba (*evidence*) *p1* y *p2* (por ejemplo, dos testimonios); e imaginemos que el conjunto de estas dos pruebas, después de haberlas valorado,

⁵¹ Naturalmente, de hecho, «*the party seeking the adverse inference must produce all available evidence corroborating the inference sought*» (SHARPE, 2006, p. 551).

sea insuficiente para alcanzar, en el caso específico, el estándar probatorio requerido (incluso el mínimo imaginable, el de la *preponderance of evidence*). Imaginemos incluso que, además de estos dos medios de prueba, la parte contra la cual estos son presentados se haya negado también a exhibir el documento que podría aclarar toda duda. Llamamos a esto elemento adicional de la conducta *p3* e imaginemos que este permita añadir ese segmento que consienta al juez alcanzar el estándar previsto. En este caso, y solo en este, la inferencia, a partir de la desobediencia, podría ser considerada plausible, dentro de un marco de valoración holístico, ya que esta resulta coherente y corroborada por otros factores. No nos parece insensato afirmar que, dado el conjunto total de los tres elementos a disposición (*p1*, *p2*, y *p3*), el juez o el árbitro podría entonces considerar el *factum probandum* como probado, en cuanto ha sido superado el estándar. Como hemos evidenciado al principio de esta parte II, la diferencia con el caso examinado precedentemente (en el que se aplica simplemente la sanción) sería que en esta hipótesis aquí planteada sí hay, finalmente, una auténtica decisión motivada (un «*accertamento*», fundado no solo en la conducta procesal de la parte), con el efecto de que no se podría descartar una eficacia (variable según el ordenamiento jurídico considerado) en otros juicios futuros (de carácter arbitral o no), según una libre (y racional) valoración del segundo decisor.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrews, N. (2003). *English Civil Procedure*. Oxford University Press.
- Andrews, N. (2017). *On Civil Processes*. Intersentia.
- Argerich, S. (2019). A Comparison of the IBA and Prague Rules: Comparing Two of the Same. *Kluwer Arbitration Blog*. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/02/a-comparison-of-the-iba-and-prague-rules-comparing-two-of-the-same/>
- Bedrosyan, A. S. (2016). Adverse Inferences in International Arbitration: Toothless or Terrifying? *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 38(1), 241-273.
- Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A. y Hunter, M. (2015). *Redfern & Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press.
- Böckstiegel, K.-H. (2013). *Party Autonomy and Case Management—Experiences and Suggestions of an Arbitrator*. https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media113644850393080bckstiegel_party_autonomy.pdf
- Born, G. (2016). *International Arbitration: Law and Practice*. Wolters Kluwer.
- Cadiet, L. (2003). La justicia civil francesa entre eficiencia y garantía. *Civil Procedure Review*, 4(3), 25-50.
- Calamandrei, P. (or. 1938). *La sentenza civile come mezzo di prova*. En *Opere giuridiche* (Vol. V). Roma Tre Press.
- Cámara de Comercio Americana del Perú (2021). *Reglamento de Arbitraje de AmCham Perú*. <https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2021/05/Reglamento-2021.pdf>
- Catelli, C. y Brueggeman, R. (2021, 3 de septiembre). Evidentiary Objections. *Global Arbitration Review*. <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/1st-edition/article/evidentiary-objections>
- Cavani, R. (2017, 4 de agosto). La inconstitucionalidad de la sanción procesal prevista en la Ley de Filiación Extramatrimonial. *La Ley*. <https://laley.pe/2017/08/04/la-inconstitucionalidad-de-la-sancion-procesal-prevista-en-la-ley-de-filiacion-extramatrimonial/>

- Cavani, R. y Castillo, Á. (2021). *Garantismo y publicismo en el proceso civil: Un enfoque analítico. Derecho PUCP*, 87, 433-468. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/24469/23238>
- Chekroun, D. (2009). L'imperium de l'arbitre. *Archives de Philosophie du Droit*, 52, 135-180.
- Chiarloni, S. (1986). Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno XL, 819-840.
- Chiarloni, S. (2009). Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 64(4), 101-120.
- China International Economic and Trade Arbitration Commission (2015). *Guidelines on Evidence*. <https://www.cietac-eu.org/guidelines-on-evidence/>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI] (2006). *Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional*. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI] (2014). *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013). Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado*. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/uncitral-arbitration-rules-2013-s.pdf>
- Cuniberti, G. (2009). La reconnaissance en France des jugements par défaut anglais. À propos de l'affaire Gambazzi-Stolzenberg. *Revue critique de droit international privé*, 98(4), 685-714.
- Cuniberti, G. (2010). Debarment from Defending, Default Judgments and Public Policy. *IPRax: Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 30(2), 148-153.
- D'Alessandro, E. (2009). Provvedimento inglese di esclusione dal processo e diniego di riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico processuale. La Corte di Giustizia si pronuncia sul caso «Gambazzi». *Foro italiano*, 9, 384-387.
- Damaška, M. R. (2000). *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal* (Trad. Andrea Morales Vidal). Editorial Jurídica de Chile. (Obra publicada originalmente en 1986)
- Del Prato, E. (2018). Los poderes innominados de los árbitros. *Derecho PUCP*, 80, 161-186.
- Dondi, A. (1985). *L'effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*. Cedam.
- Elliott, E. D. (1986). Managerial Judging and the Evolution of Procedure. *University of Chicago Law Review*, 53(2), 306-336. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol53/iss2/3/>
- Ferrer Beltrán, J. (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 7(2), 137-164. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19697>
- Ferrer Beltrán, J. (2019). *La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario*. En J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán y L. Giannini (Eds.), *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2021, 24 de junio). *¿Qué nos queda de la carga de la prueba? [vídeo]*. XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal (versión virtual). YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=ec1ZBXge5_Y
- Ferrer Beltrán, J. (2022). Los momentos de la actividad probatoria en el proceso. En J. Ferrer Beltrán (Ed.), *Manual de razonamiento probatorio* (pp. 47-77). Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2024-02/Manual%20de%20razonamiento%20probatorio_0.pdf
- Ferrua, P. (2018). La prova nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 4(1), 81-128. <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/130>
- Ficcarelli, B. (2004). *Esibizione di documenti e discovery*. Giappichelli.
- Giabardo, C. V. (2022). *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile. Un'indagine di diritto comparato*. Giappichelli.
- Gradi, M. (2016). *Comportamento dei litiganti e accertamento dei fatti nel processo civile*. Messina.
- Greenberg, S. y Lautenschlager, F. (2011). Adverse Inferences in International Arbitral Practice. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 22(2), 43-56. <https://uba.ua/documents/presentation/Greenberg.pdf>

- Hascher, D. (1997). *Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993-1996*. Kluwer Law International.
- Ho, H. L. (2022). Silence as Evidence. En J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez (Eds.), *Evidential Legal Reasoning. Crossing Civil Law and Common Law Traditions*. Cambridge University Press.
- Howard, M. (2020). International Arbitration and Cross-cultural Issues. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation & Dispute Management*, 86(3), 331-346.
- IBA Task Force on the Revision of the IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration, Consolidated Amendments (2021). Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>
- ICC (2016). *Commission Report, Managing E-Document Production*. <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-arbitration-commission-report-on-managing-e-document-production/>
- ICC (2018). *Commission Report on Controlling Time and Costs in Arbitration*. <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration/>
- ICC (2021). *Rules of Arbitration*. <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/#block-accordion-25>
- International Bar Association [IBA] (2020). *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (2016). *Draft Procedural Order No. 1*. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Draft%20Procedural%20Order%20No%201.pdf>
- Jackson, J. (2001). Silence and Proof: Extending the Boundaries of Criminal Proceedings in the United Kingdom. *The International Journal of Evidence and Proof*, 5(3), 145-173. <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/136571270100500301>
- Jain, A. (2022, 30 de mayo). Silent Lambs to the Slaughter: The Problem with the Current Law Allowing Adverse Inferences from the Accused's Silence. *Blog LSE Law Review*. <https://blog.lselawreview.com/2022/03/30/silent-lambs-to-the-slaughter-the-problem-with-the-current-law-allowing-adverse-inferences-from-the-accuseds-silence/>
- Jarrosson, C. (1987). *La notion d'arbitrage*. LGDJ.
- Jarrosson, C. (1991). Réflexions sur l'imperium. En *Études offert à Pierre Bellet* (pp. 245- 279). Litec.
- Jolowicz, J. A. (2003). Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure. *International and Comparative Law Quarterly*, 52(2), 281-295.
- Kaufmann-Kohler, G. (2010). Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. *Journal of International Dispute Settlement*, 1(2), 1-17. <https://lk-k.com/wp-content/uploads/Soft-Law-in-International-Arbitration-Codification-and-Normativity.pdf>
- Kubalczuk, A. M. (2002). Evidentiary Rules in International Arbitration. A Comparative Analysis of Approaches and the Need for Regulation. *Groningen Journal of International Law*, 3(1), 85-109.
- Lal, H., Casey, B., Kaiding, J. y Defranchi, L. (2020). Abuse of Document Production in International Arbitration: Remedies When the Adverse Inference Falls Short. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 86(4), 394-411.
- LCIA (2020). *London Court of International Arbitration Rules*. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2022
- López Fung, J. (2019). ¿Tsunami de documentos o sequía de información?: Posiciones a favor y en contra de la producción de documentos como regla estándar en el arbitraje comercial internacional. En S. García Long (Coord.), *Derecho de arbitraje: estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (pp. 117-156). Normas Jurídicas Ediciones.
- Neuhaus, J. E., Finn, A. J. y Blackman, D. S. (2023, 12 de octubre). The 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A History and Discussion of the 2020 Revisions. *Global Arbitration Review*. <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/2nd-edition/article/the-2020-iba-rules-the-taking-of-evidence-in-international-arbitration-history-and-discussion-of-the-2020-revisions>

- Passanante, L. (2010). Processo civile inglese. En *Enciclopedia (Annali)* (Vol. III). Milano.
- Persey QC, L. (2010). Effective Case Management. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 76(3), 408-411.
- Peter, A. (2022). Document Production, Late Evidence, Cross-Examinations and Witness Coaching in CIETAC Arbitrations Seated in Vienna, Austria. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 88(3), 437-463.
- Poli, R. (2022). Gli «argomenti di prova» ex art. 116, comma 2, c.p.c. *Rivista di diritto processuale*, 77(2), 460-489.
- Pound, R. (1906, 29 de agosto). *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. Alocución ante la American Bar Association. <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>
- Queen Mary University of London & School of International Arbitration (2012). *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*. https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf
- Querzola, L. (2016). *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*. Bologna University Press.
- Reglas de Praga sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional* (2018). <https://praguerules.com/upload/medialibrary/91c/91c0846151802b375541460b34e6b663.pdf>
- Resnik, J. (1982). Managerial Judges. *Harvard Law Review*, 96(2), 374-448.
- Ricci, G. F. (1988). Prove e argomenti di prova. *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, XLII, 1036 ss.
- Rizzo Amaral, G. (2018). Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart. *Journal of International Arbitration*, 35(1), 1-30.
- Romero Seguel, A. (2012). La sentencia judicial como medio de prueba. *Revista chilena de derecho*, 39(2), 251-276.
- Ruffini, G. (2004). «Argomento di prova» e «fondamento della decisione» del giudice civile. *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 58(4), 1329-1358.
- Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules)* (2018). <https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf>
- Sharpe, J. K. (2006). Drawing Adverse Inferences from the Nonproduction of Evidence. *Arbitration International*, 22(4), 549-572. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Respondent%27s%20Rejoinder%20%28redacted%20per%20PO10%29/Pi%20C3%A8ces%20juridiques/RL-0110.pdf
- Stephens-Chu, G. y Teynier, C. (2020). The Contribution of the Prague Rules to Promoting Efficiency in International Arbitration. *Themis: Revista de derecho*, 77, 367-377.
- Talavera Cano, A. (2016). Combatiendo la Due Process Paranoia. Asegurando un ejercicio de la discrecionalidad arbitral con razonabilidad. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 8, 75-90. https://iea.ec/pdfs/2016/REA_n8_Art3.pdf
- Taruffo, M. (1974). Certezza e probabilità nella presunzioni. *Foro italiano*, 97, V, 83-112.
- Taruffo, M. (1984). Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista diritto processuale*, 39(4), 74-120.
- Taruffo, M. (1991). Presunzioni (dir. proc. civ.). En *Enciclopedia giuridica Treccani*. Roma.
- Taruffo, M. (1992). Presunzioni, inversioni, prova del fatto. *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 46(3), 733-756.
- Taruffo, M. (2006). El proceso civil de «civil law»: aspectos fundamentales. *Ius et Praxis*, 12(1), 69-94. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100004>
- Taruffo, M. (2008). ¿Verdad negociada? *Revista de Derecho (Valdivia)*, 21(1), 129-151. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000100006#43
- Taruffo, M. (2010). Considerazioni sulle prove per induzione. *Rivista trimestrale diritto procedura civile*, 64(4), 1165-1190.
- UNCITRAL (2012). *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>
- Van Compernelle, J. (2014). Rôle respectif de l'arbitre et du juge étatique dans l'administration de la preuve en droit belge. En A. Saletti, J. Van Compernelle y J. F. Van Drooghenbroeck (Dirs.),

- L'arbitre et le juge étatique: Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia* (pp. 189-202). Bruylant.
- Van Houtte, V. (2009). Adverse Inferences in International Arbitration. En A. Mourre y T. Giovannini (Eds.), *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies* (pp. 195-320). Kluwer Law International.
- Walker, J. (2023, 12 de octubre). *The Prague Rules: Fresh Prospects for Designing a Bespoke Process*. Global Arbitration Review. <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/2nd-edition/article/the-prague-rules-fresh-prospects-designing-bespoke-process>
- Lgislación y jurisprudencia
- Arrows Nominee Inc. v Blackledge* (2000) All ER (D) 854.
- Civil Procedure Rules* (Reino Unido). <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>
- Code de procédure civile* (Francia). https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGI-TEXT000006070716/LEGISCTA000006117221#LEGISCTA000006117221
- Code judiciaire* (Bélgica). https://www.ejustice.jugov.belgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1967101006%2F&caller=list&row_id=1&numero=8&rech=13&cn=1967101006&table_name=LOI&nm=1967101057&la=F&dt=CODE+JUDICIAIRE&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+%27CODE%27%26+%27JUDICIAIRE%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=39&imgcn.y=10
- Codice di Procedura Civile* (Italia). <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/proceduraCivile>
- Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (Diario Oficial nº C 027, 26-01-1998). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A41998A0126>
- Cour d'appel de Paris, 1er Chambre Civile*, 24 mayo 1991. *Revue de l'arbitrage*, 1992, 636.
- Criminal Justice and Public Order Act 1994, c. 33. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>
- Federal Rules of Civil Procedure* (Estados Unidos). <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>
- Gambazzi contra Dailmer Chrysler Canada y CIBC Mellon Trust, C-394/07*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1ª), de 2 de abril de 2009 [ECLI:EU:C:2009:219]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62007CJ0394>
- Jardine Lloyd Thompson Canada Inc. v. SJO Catlin*, 2006 ABCA 18. <https://www.canlii.org/en/ab/abca/doc/2006/2006abca18/2006abca18.html>
- Perú. Ley n. 28.457, 8 de enero de 2005, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5af174004678ca55a313e793776efd47/ley28457.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5af174004678ca55a313e793776efd47>

JUDGING BEYOND ANY REASONABLE DOUBT: A LOGIC AND EPISTEMOLOGICAL RULE

Rocco Neri*

rocco.neri@giustizia.it

ABSTRACT: The doubt is not related to innocence but only to guilt, the latter being the exclusive object of the process. The proof of guilt, being always of inductive nature, cannot accept the deductive method that connotes the relationship between premise (minor and major) and conclusion. From here arises the necessity that beyond reasonable doubt must respond to the postulates of logic and the motivation of judgments is an example. Research tends to show whether there is a valid theory to overcome the doubt of uncertainty about guilt-innocence. Can jurisprudence (mathematics-legal) as an exact science aid in the discovery of a perfect syllogism for a valid theory of reasonable doubt?

KEYWORDS: beyond any reasonable doubt, jurimetrics, criminal procedure, evidence, logic, science.

SUMMARY: 1. BARD'S RULE: BRIEF HISTORICAL INTRODUCTION: 1.1. Bard's rule between jurisprudence and codification.— 2. THE CASE OF SCIENTIFIC PROOF BEYOND ANY REASONABLE DOUBT: THE DAUBERT TRILOGY: 2.1. Franzese's judgment and its rules; 2.2. Cozzini's judgment and the falsification theory.— 3. THE ITALIAN AND ANGLO-AMERICAN DOCTRINES ON THE BARD.: A COMPARISON.— 4. BAYES' THEOREM: THE FAILED ATTEMPT OF THE PROBATIVE VALUE MODEL (EVM).— 5. PREMISES OF A NEW THEORY BETWEEN INTERNAL DOUBT AND EXTERNAL DOUBT.— 6. EPISTEMOLOGICAL STRUCTURE BETWEEN JUDGMENT'S GROUNDS AND BARD'S RULE.— 7. SCIENCE AND JUDGMENT'S GROUNDS.— 8. SCIENTIFIC EVIDENCE AND ITS RESISTANCE AGAINST BARD'S RULE.— 9. CONCLUSIONS.— BIBLIOGRAPHY.

* Master's degree in Law University of Teramo; Judicial law clerk in Rimini Courthouse.

1. BARD'S RULE: BRIEF HISTORICAL INTRODUCTION

The BARD criterion (an acronym for beyond any reasonable doubt) is the description of a fact that must obtain total evidential confirmation as true if and only if there isn't a reasonable alternative description of the same fact¹.

The existence of a reasonable doubt is a sufficient factor to «falsify» the description of the fact, even in the presence of a total evidentiary confirmation of its truth². In fact, when the evidence provides confirmation of the hypothesis of guilt, the existence of a «reasonable doubt» prevents conviction. Section 1096 of the California Penal Code (1872) provides a more comprehensive definition that has now been adopted by most civil law and common law jurisdictions. It is far worse to convict an innocent person than to let a guilty person go free³.

In fact, the foundation on which the principle rests is found in the «in re Winship» ruling (1970). In favor of the preference for the option of a guilty unpunished there are also reasons inherent in the costs in terms of social disutility.

Not only, therefore, the safeguarding of the rights of the individual, but also the need to do as little damage as possible to the moral force of criminal justice (Kahne-man *et al.*, 1997, p. 388). In this sense, letting a guilty person go free certainly represents a disutility, but nothing to do with the disutility that would be determined in the case of conviction of an innocent person, with the attendant risk of undermining the trust placed by citizens in the proper functioning of the penal system.

The Winship ruling therefore elevated the criterion of beyond reasonable doubt to a constitutional principle. According to this decision, it is the Due Process Clause, contained in the Fifth Amendment, which requires the demonstration of the guilt of the defendant beyond any reasonable doubt; and such proof must cover not only the typical fact, but every constituent element of the crime (Allen, 1980, pp. 321-368).

In the Massacre Trials of 1770⁴ for defending the perpetrators of the Massacre, Adams took refuge in the well-known doctrine of the *via tutior*, reminding the jurors

¹ See Picinali (2018, p. 81).

² See Kageghiro and Stanton (1985, p. 55); Simon and Mahan (1971, p. 73).

³ See Shapiro (1991). These are the words of Justice Brennan in the milestone 1970 U.S. Supreme Court decision *In re Winship* (1970). It is quite widely accepted that the degree of proof of guilt that would satisfy the BARD. 's criterion is quantifiable in percentage terms. The most common quantification is in the sense that this evidence should exist to a degree greater than 95%.

⁴ On the night of March 5, 1770, Captain Thomas Preston, of Her Britannic Majesty's 29th Infantry Regiment, placed himself at the head of a column of seven grenadiers to save some comrades whom a crowd of Bostonians had surrounded in front of the King Street customs house: as often (and still daily) happens when professional soldiers are confronted with crowds of civilians more or less unarmed, passion overpowered reason and the city, in an episode that will be handed down to posterity as the Boston Massacre, found itself crying five dead and six wounded. The Governor of Boston immediately imprisoned Preston and the grenadiers who participated in the Massacre but only in late autumn the souls of the population were considered sufficiently quiet to start the process: for the defense, extremely

that it is always preferable to make a mistake when acquitting than when convicting. «If you doubt that the prisoners are guilty, do not declare them so!» These are the words of Paine, who, although in the role of public prosecutor, exhorted the jury as follows: «If therefore in the examination of this Cause the Evidence is not sufficient to Convince you beyond reasonable Doubt of the Guilt of all or any of the Prisoners you will acquit them». The arguments of the two lawyers must have struck a chord in the conscience of the jurors if (apart from the contradictory nature of some of the testimonies for the prosecution) all the defendants were acquitted (except for two of the grenadiers who were branded on the thumb and then released). Adams and Paine were doing nothing more in their conclusions than evoking arguments that had been circulating in the Christian conscience for more than a millennium⁵. With the advent of the adversarial system, we realize the need to rebalance the positions of prosecution and defense, since the defendant is disadvantaged by the so-called combat effect, generated by the competitive approach of the parties. These are the basic characteristics of the process of the twentieth century. In fact, the future chief justice of the Supreme Court of the United States, Edward D. White, defined the principle of guilt «beyond reasonable doubt» in the case *Coffin v. U.S.* (1895) as «the condition of mind produced by the proof resulting from the evidence in the cause» (Langbein, 2003, p. 62).

1.1. Bard's rule between jurisprudence and codification.

In American doctrine the concept of reasonable doubt has been based on moral certainty, and the lack in the US legal system of the reason for the verdict or judgment prevents an epistemological development of the concept of reasonableness and doubt. In fact, in systems of verdict without grounds, as in common law, the rule of reasonable doubt applies, while in civil law systems with obligation to state reasons there was not originally such a rule of judgment. The first step for the codification of reasonable doubt, at least in Italy, is in the Statute of the International Criminal Court (ICC, 1998), signed in Rome on 17 July 1998 and ratified by Italy by law 12 July 1999, n. 232, where art. 66 states that in order to convict the accused the Court must be convinced of repetition beyond reasonable doubt. In addition, the rule lays down the clear and express duty to state reasons for judgments.

In the Italian system, therefore, the standard of proof of reasonable doubt has long remained without express provision within the Code of Criminal Procedure (from now on, C.P.P. 1988). In Italy, due also to the Franzese judgment of 2002

convinced that it was the right of every Englishman to receive the best possible defense, offered his services the future President of the United States John Adams (1735-1826); the Crown, instead, chose Robert Treat Paine (1731-1814), another patriot and future signer of the Declaration of Independence, to represent its charges in court.

⁵ «*Tutior semper est errare, in acquietando, quam in puniendo*», «*quod dubitas ne feceris*», in *Decretum Gratiani* (1300-1315).

(Cass. Pen. SS. UU., 11 settembre 2002, n. 30328), the codification of reasonable doubt comes with Law n. 46/2006, which amended art. 533 paragraph 1 and has established that the judge pronounces sentence when the accused turns out guilty of the crime which it is accused of beyond any reasonable doubt. This provision today constitutes the express normative translation of the constitutional principle of the presumption of innocence (art. 27, co. 2, Costituzione 1947).

The Franzese and Cozzini jurisprudence (Cass. Pen., SS.UU. 11 settembre 2002, n. 30328; Cass. Pen., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786) states that the application of the standard of proof of reasonable doubt is no longer left to the prudence of the court but constitutes a legal imperative that is bound to the theme of proof of causality. In this sense Franzese judgment, on the subject of causality, it affirmed that the reconstructive hypothesis formulated in the course of the investigation must undergo an attempt to refute it in the course of the trial by the impact of the adversarial procedure through which the defense can dismantle the accusation and where appropriate, consider alternative reconstruction. Such a rule of evidence is in perfect harmony with the rule of judgment beyond reasonable doubt in the light of the concept of logical probability. For its part, that judgment accepted the American canon in the wake of the Daubert trilogy according to which the recurrence must be proven beyond any reasonable doubt in the criminal trial. Therefore, the evidence of accusation is insufficient when the prosecutor does not prove the reiteration of the accused by eliminating in the judge any reasonable doubt; while they must be considered contradictory when, despite being superior to the evidence of innocence, are part of a probative framework which, as a whole, does not appear to be consistent and unambiguous.

In fact, a judgment cannot be based on an objectively controversial scientific law; if it turns out that both the scientific laws (and the explanations) proposed by the prosecution and the defense respectively are plausible, the threshold of reasonable doubt cannot be considered to have been exceeded, without the judge being able to opt, even on a reasoned basis, for one of the proposed solutions. In the Cozzini judgment (Cass. Pen., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786) the judge would be obliged to conform only to the scientific laws assisted by «common acceptance in the scientific community», without being able therefore to base his own conviction (and in particular a sentence of condemnation) laws still lacking general acceptance, even when this conviction is supported by the expert⁶. In Cozzini judgment the lack of «common acceptance in the scientific community» and the existence of contrasts in the scientific community itself, necessarily roots a «reasonable doubt» on the cogency of the explanation of the public prosecutor and imposes an absolute outcome pursuant to art. 533 C.P.P. 1988. On the other hand, the expert's opinion is a voice that, although qualified, expresses a personal point of view, scientifically accredited but personal⁷. All this implies a return to the principles expressed in the Frye judg-

⁶ See Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786.

⁷ See Blaiotta (2010, pp. 364 ss.).

ment of the US Supreme Court (*Frye v. United States*, D.C. Cir. 1923), with respect to the position in the Daubert judgment: the decision must be taken on the basis of the standard of balance of probabilities, not that of beyond any reasonable doubt, characteristic of criminal judgment⁸.

2. THE CASE OF SCIENTIFIC PROOF BEYOND ANY REASONABLE DOUBT: THE DAUBERT TRILOGY

In recent American judicial history, there have been three decisions (Daubert trilogy) of evidence acquired with the help of subject matter experts: the three decisions of the U.S. Supreme Court, between 1993 and 1999, on the use of expert evidence in the US federal system. Despite being civil cases their principles are applied in criminal proceedings.

The first case-law: Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. (1993)

In Daubert⁹, the Supreme Court, unlike the Federal Court and the Federal Court of Appeal, affirmed that the standard for the admission of scientific evidence was set by the Federal Rules Evidence (FRE, enacted in 1975) (United States, 1975). A standard as rigid as Frye (*Frye v. United States*, D.C. Cir. 1923) said the Court would be in contrast to the «liberal push» of the Law and their general approach of easing traditional barriers to the admission of (expert) evidence. Again, according to the Court, Rule 702 places limits on the admission of experts by assigning the trial judge the task of ensuring that expert testimony is reliable. The Court has enucleated some «factors» to distinguish genuine science from junk, asking judges to make this assessment when they admit evidence including:

- whether a theory or technique can be (and has been) tested;
- has undergone a peer review and publication process;
- if, in relation to a particular technique, there is a known or potential error rate (*e. g.* voice spectrographic identification technique), also considering the existence and maintenance of standards that control the operation of the technique;
- whether theory or technique is generally accepted in the relevant field of study.

⁸ See Brusco (2012, pp. 173 ss).

⁹ For further information about the Daubert trilogy, see Merlino *et al.* (2013).

The second case-law: General Electric Co. v. Joiner (1997)

In this case-law (Bernstein and Jackson, 2004), the evidence given was disputed for admissibility and the final decision was against Joiner. The exclusion of expert evidence followed, as the Supreme Court deemed correct given its precedent, namely Daubert. In a holistic assessment of the evidence, where they combine as pieces of a mosaic or crossword puzzle, it may be that no one taken individually meets a certain decision standard, but that everything does. An atomistic assessment of epistemological reliability and legal eligibility led to a result that could have been different from a holistic perspective, as suggested by Judge Stevens' dissent, there is a puzzling passage in the thesis of the Federal Court. Daubert's case insisted that screening should be based exclusively on the principles and methodology, not on the conclusions they generate. Joiner said the conclusions must be considered too much, because «conclusions and methodology are not entirely distinct from each other». What makes sense of this statement is the fact that, apparently, Joiner's experts had followed the same methodology as General Electric's experts; this would have been embarrassing for an exclusion on the basis of methodology alone. As a result, the Carpenter's Court partly departed from Daubert in this regard. Thus, in Joiner the critical questions were neither about credentials nor about the methodology of the experts. They were about the results, the conclusions of the studies. For those concerned with inexperienced gatekeeping, this is a major concern if judges end up being accountable for both methodological evaluation and merit assessment.

The last case-law of the trilogy: Kumho Tire Co. v. Carmichael (1999)

In Kumho (Helland and Klick, 2012), the appeal decision argued that Daubert's factors applied to scientific testimony, not to other forms of it such as testimony based on technical or professional skills (*e. g.* engineers). Carlson claimed to be able to detect defective tires «visual and tactile inspection» (more on this below). The Supreme Court has admitted that some expert testimony is not «scientific» in the strict sense. Expert opinion based on skill or experience may be lower than the criteria that define «science» in the strict sense. However, the Court argued, Daubert is applied not only to scientific, but to any expert testimony. (One of the reasons for this conclusion was to avoid the trouble of drawing a clear line dividing science and technical knowledge or other specializations.) Any expertise has to be not only pertinent but also reliable. The Court insisted that the investigation under Article 702 (as interpreted in Daubert) is flexible. Indeed, these factors do not necessarily all apply even in any case where the reliability of scientific testimony is disputed. It may not be surprising in a particular case, for example, that a statement made by a scientific witness has never been peer reviewed, because the particular application in question could never have affected any scientist. Nor, on the other hand, the presence of the general

acceptance factor of Daubert helps to prove that the testimony of an expert is reliable where the discipline itself lacks reliability, as, for example, theories based on any so-called generally accepted principles. At the same time, some of these factors can help to assess the reliability of even the testimony based on experience: in some cases, it will be appropriate for the trial judge to ask, for example, how often the experience of an engineering expert-the based methodology has produced incorrect results or if such a method is generally accepted in the relevant engineering community.

After *Kumho*, the U.S. Congress decided to change the text of the rule to make it explicit. Now the expertise must be «the product of reliable principles and methods» (United States, 1975, 702[c]), and it can be admitted if «the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case» (United States, 1975, 702[d]).

2.1. Franzese's judgment and its rules

The echoes of the trilogy were also significant in Italy with the cases of Franzese and Cozzini (Cass. Pen., SS.UU. 11 settembre 2002, n. 30328; Cass. Pen., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786).

The principle beyond any reasonable doubt is the rational element of the presumption of innocence of the legal order. Its repercussions, besides falling on the procedural level for the decision of the judge on the guilt or not of the accused on the basis of the evidence against the accused supported by the Defense and to discharge, fall under substantive criminal law in the theory of crime. More specifically in the causal link between conduct or omission and event attributable to the active subject, agent. In that case, reasonable doubt should shed light on theories supporting the majority criminal causality, the scientific one according to the parameters provided by the Franzese Judgment¹⁰ as well as the transposition of the canons of judicial epistemology overseas found in the judgment in *Re Daubert 1993*¹¹, especially from the Daubert trilogy¹².

The judgment of the United Chambers Franzese, instead, has identified an unprecedented welding point between principles and procedural rules never previously linked in this way. The most complex element of the crime to be ascertained, first of

¹⁰ See Cass. pen., SS.UU., 11 settembre 2002, n. 30328. It is not allowed, especially from the epistemic point of view, «to deduce automatically and proportionately from the statistical probability coefficient expressed by the law of coverage the confirmation of the hypothesis», especially when it comes to the use of a «notion» weak even if always of a statistical test per sample, therefore the doubts about the correctness are not groundless (*rectius*, justification) of the inference which led to the finding that the causal link of an injurious event was established from the incidence of the case in similar cases.

¹¹ See *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993).

¹² See *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993); *General Electric Co. v. Joiner* (1997); *Kumho Tire Co. v. Carmichael* (1999).

all, has forced the criminal process to compete with scientific evidence: ever since the nomological-deductive model of subsumption undercover scientific laws has been adopted, causality has become the elective ground of «expert» knowledge. Secondly, the need to harness the discretion inherent in establishing the causal relationship has led to a very strong push towards the *juridization* of the concept of reasonable doubt.

The Franzese judgment made the test by exclusion a structural component of causal reasoning, proposing a procedural method capable of overcoming the aporia of the principle of under-determination. As is well known, in the world of science this principle means that the observed data do not decisively determine the explanatory theory, because they are compatible with multiple explanations.

Well, net of the skeptical conclusions that this principle in its original formulation could produce on the heuristic scope of the attempt at falsification, we must reason constructively, focusing attention on the potential inherent in the application of similar insights to the criminal process. If it is true that the roster of reconstructive hypotheses can be reduced by widening the field of observation and excluding those that become incompatible with the new data collected, once dropped in the criminal trial, this method leads to the conclusion that it is the evidence that allows the identification of the applicable scientific law, allowing the attempt to deny. Similarly, it is the evidence available to allow the identification of the maxima of experience suitable to provide the explanation of the concrete case.

From the point of view of epistemology in the strict sense, the thorny issues related to causality have made it possible to identify the rouge file that runs between contradictory, trial of parties, presumption of innocence, burden of proof: the attempt to disprove, set within the accusatory system, constitutes its essence.

The Franzese judgment has sculpted the concept of logical probability as a specific criterion of the criminal process which constitutes the summation of all the lists of profiles and is characterized by its qualitative and non-quantitative character, by its nature of method, of «path of truth» which is based on «intersubjective procedures of verification and falsification». The further passage—to underline because it is anything but obvious—is given by the bi-univocity of the relationship between causality and the general theory of proof.

On the one hand, it was the modernity of the «right of evidence», widely understood, to allow the elimination of that sort of blackout that in some cases had been identified with reference to the ascertainment of causality, sometimes slipping into the intuitionism of the judge. In addition, profiling real cases «to binding expertise» up to clash with the impasse of the percentage of statistical validity of scientific law. In another respect, the need to confront causality and scientific evidence has determined an evolution in the field of general theory of proof that puts Italy at the forefront of the international scene.

The acquisitions achieved go beyond science and invest any inferential reasoning, although based on maxims of experience (and in this regard it is trivial to note that

it is not only the circumstantial evidence that is involved but also the representative evidence that, inevitably, in judging the credibility of the source and the reliability of the statement cannot disregard inferential reasoning based on maxima of experience and scientific laws). Ultimately, the epistemological process of modernity gives us reasonable doubt as a method of training and evaluation of evidence.

This is not a logical leap: talking about judicial knowledge, about how the judge reconstructs the historical fact means discussing methods. It is before the authentic meaning of the concept of *gnoseology*, philosophical term equivalent to *theory of knowledge*: the task of *gnoseology* is to provide a definition of knowledge, to identify its possible objects and, above all, to study the ways in which it can be acquired by the knowing subject, verifying its validity.

The reasonable doubt, therefore, *ex ante* requires that the test must be formed in a certain way and *ex post* requires the provision of rules governing the evaluation of the available evidence, accrediting the validity of the acquired knowledge.

Unlike any other state activity, in the case of criminal jurisdiction it is not from the results that one can judge the acceptability of a method, but from the method that one can establish the acceptability of the results.

The Court of Cassation has explained the principle of beyond reasonable doubt after having recently examined a question relating to the assessment of the evidence in order to render effective, logically and legally, the judgment of guilt¹³.

The rule of judgment inherent in art. 533, paragraph 1, C.P.P. 1988, requires the court to use a dialectical method of verification of the accusatory hypothesis according to the criterion of doubt, with the consequence that the court must verify the non-existence or the existence of internal doubts (*i. e.*, the self-contradictory or its explanatory incapacity) is of doubts external to the same (*i. e.* the existence of an alternative hypothesis equipped with rationality and practical plausibility)¹⁴.

It has been made clear that this principle, however, has in no way changed the nature of the Supreme Court's control in the reasoning of the judgment and cannot, then, be used to enhance and make decisive the duplicity of alternative reconstructions of the same fact, possibly emerged in court and highlighted by the defense, once this duplicity has been carefully examined by the court of appeal¹⁵. The sentence beyond any reasonable doubt implies, in fact, in the case of presentation of an alternative reconstruction of the facts, the need to identify the elements of confirmation of the reconstructive hypothesis accepted, so as to bring out the irrationality of the doubt arising from the alternative hypothesis itself, since such a doubt cannot be based on a hypothesis that is entirely conjectural, albeit plausible¹⁶.

¹³ See Cass. Pen., Sez. II, 30 giugno 2022, n. 25016.

¹⁴ See Cass. Pen., Sez. I, 24 ottobre 2011, n. 41110.

¹⁵ See Cass. Pen., Sez. IV, 7 giugno 2011, n. 30862; Cass. Pen., Sez. IV, 25 marzo 2014, n. 22257.

¹⁶ See Carnap (1966 p. 11); Gorla (1951, p. 405); Habermas (1992, p. 34); Balsamo (2017, p. 92).

2.2. Cozzini's judgment and the falsification theory

The Court of Cassation accepted the criteria for the reliability of the scientific method and extended them to the requirements of verifiability, falsification, submission to the control of the scientific community, knowledge of the error rate, the general acceptance in the community of experts, the reliability and independence of the expert, the consideration of the purposes for which it operates, the possibility of formulating criteria of choice between the opposing scientific theses¹⁷.

The Cozzini judgment (Cass. Pen., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786) states that scientific reasoning is therefore a dialogue between two voices, one imaginative, the other critical; a dialogue between the possible and the current, between the proposal and the reality, the hypothesis and the criticism, between what can be true and what is in fact¹⁸.

This judgment has several implications.

The first concerns the activity of the judge of merit, whether scientific complexity etc. of the case requires it, the judge must be vigilant both in the admission phase, favoring the presence of experts who can be useful, and preventing that of experts only self-styled in a manifest manner (ex art. 190, paragraph 1, C.P.P. 1988), and remedying any incompleteness of the parties on the point (ex art. 507 C.P.P. 1988); both in the recruitment phase, giving order and participating in a neutral way in the comparison between the parties on the intrinsic plausibility and application of the criteria proposed by the respective experts and/or the office expert (ex art. 497 ss. C.P.P. 1988, recalled by art. 501 C.P.P. 1988); both in the evaluation phase, in the terms already indicated, in particular at the end of the previous point (in part. ex art. 192, paragraph 1, 546, paragraph 1, lett. e), C.P.P. 1988).

The second concerns the control by the Supreme Court of the actions of the judge who delivered the judgment under appeal. The court of merit is called to say if the specialized criterion proposed by the expert in judgment satisfies the requirements Cozzini, let alone for which reasons (*e. g.*: because the expert is a well-known specialist on the issue at issue; because his main articles on the subject boast the highest number of citations worldwide); that of legitimacy, on the other hand, it must check that the former has actually set out those reasons and that they are reasonably reasonable. The judge of legality shall review the reasoning that the judge of merit has carried out to check the expert's reasoning. All this means, among other things, that the judge of legitimacy cannot be a judge of the specialized probative criterion, even in United Chambers, being only a judge of the specialized probative reasoning.

¹⁷ Cass. pen., sez. IV, 17.09.2010, dep. 13/12/2010, n.43786.

¹⁸ See Blaiotta (2010, pp. 372 ss).

The third concerns the consequences of the possibility that, as a result of increasingly intense scientific and technical progress, the sentences passed in the final, acquittal or conviction, discoveries that can overturn the judgment on the specialist evidence underlying them. In this regard, two points can be identified. On the one hand, the main source of legitimacy of a *pro reo* revision is offered by art. 630, lit. c), C.P.P. 1988, which provides for the hypothesis of the discovery or occurrence of «new evidence». On the other hand, this hypothesis, also for the systematic connection with art. 637, paragraph 3, C.P.P. 1988, according to which the revision cannot be based simply on a «different evaluation of the evidence taken in the previous judgment», must be understood in strict and revolutionary terms to which their use leads.

The last implication concerns its feasibility by the jurisprudence because the judges of merit demonstrate to be able to govern complex events, despite their strictly technical-legal training.

The criteria listed in the Cozzini judgment are set out as follows (Cass. Pen., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786)¹⁹:

— it must be ascertained whether a scientific law is sufficiently established in the scientific community on a sound and objective basis;

— it is necessary to determine whether there is universal law or only probability in the statistical sense;

— if the explanatory generalization is only probabilistic, it will be necessary to clarify whether the accelerator effect has been determined in the specific case in the light of defined and significant factual acquisitions;

— from the point of view of the judge, who resolves cases and examines bitter conflicts, the identity, the undisputed authority, the independence of the subject who manages the research, the purposes for which it operates are of paramount importance. Having assessed the methodological reliability and integrity of intentions, it is finally necessary to pull the strings and assess whether there is a sufficiently reliable and concrete theory, meaningful and reliable information to support the evidentiary argument inherent in the specific case examined. In short, a theory on which there is a preponderant, shared consensus.

3. THE ITALIAN AND ANGLO-AMERICAN DOCTRINES ON THE BARD: A COMPARISON

The Italian legal system identifies the criterion of reasonable doubt in art. 533, paragraph 1, Italian Code of Criminal Procedure (C.P.P., 1988). It imposes to pronounce sentence when the acquired probative data leaves out only remote eventualities, but whose concrete realization in the concrete case does not find the slight-

¹⁹ See Tuzet, (2016, pp. 46 ss.).

est confirmation in the trial emergencies, placing itself outside the natural order of things and the normal human rationality (Edgington, 1985, p. 559). The rule of beyond reasonable doubt has definitively undermined the jurisprudential orientation, according to which, in the presence of more than one hypothesis of reconstruction of the fact, the judge was allowed to adopt one that led to the conviction only because he considered it more probable than the others. This will no longer be allowed because, in order to arrive at a conviction, the judge must not only consider as not probable the possible different reconstruction of the fact that leads to the acquittal of the accused but must also consider that the doubt on this alternative hypothesis is not reasonable: that is, it must be an implausible hypothesis or lacking any confirmation (Laudan, 2003, p. 316).

Article 533 C.P.P. 1988 implies, in the case of an alternative presentation of the facts, that the elements of confirmation of the accepted reconstructive hypothesis are identified, so that the non-rationality of the doubt deriving from the alternative hypothesis results, with the specification that the reasonable doubt cannot be based on a conjectural hypothesis. In fact, the reasonable doubt must be based «on elements of fact which make possible an alternative reading of the probative value of the same elements of fact used for the reconstructions, depriving the other reading of convincing univocality» (Canzio, 2004, p. 306).

According to Italian doctrine and jurisprudence the constitutional principle of the presumption of innocence pursuant to art. 27 paragraph 2 and the culture of evidence and its evaluation, underline that the conviction is possible only when there is the procedural certainty of the responsibility of the accused (Stella, 2004, p. 92).

US doctrine and jurisprudence has gone through a constant evolution of the principle of reasonable doubt over the years.

In the case of *Moran v. Ohio* (1984) it is stated that proof beyond any reasonable doubt must also cover the absence of self-defense, which is an element of any charge of aggravated murder. The circumstances affecting the punishment must be evaluated according to the rule of beyond reasonable doubt, through the Sixth and Fourteenth Amendments (Constitution of the United States, 1788) concerning, respectively, the right to a fair trial and the right to trial by jury, that impose a solution in terms of «high level of persuasion» as a parameter to be referred to each of the elements of guilt (Mcnaughton, 1955, p. 1384). It emerges, with clarity, how the rule of judgment gives effect to the presumption of innocence, which, although not expressly sanctioned in the Federal Constitution, represents an obvious corollary of the guarantee of due process (Sheppard, 2003, p. 1175). Once again, therefore, it is reaffirmed the strongly guaranteeing scope of a criterion that is the defense of principles of justice rooted in the depths of human traditions and consciences, starting with the procedural protections, historically enshrined in the Bill of Rights. The priority aim is to give absolute importance to the principle of legality, even at the cost of sacrificing the need for repression. In fact, the need for punishment inevitably yields in front of the protection of the innocent, because it is imposed by irrepressible considerations of value

that are fundamental to the very administration of justice in any truly democratic system. The *Cage v. Louisiana* (1990) judgment of 1990 defines reasonable doubt as any possible doubt based on mere conjecture (Newman, 1993, p. 107). Traditionally accepted is the definition of reasonable doubt found in section 1096 of the California Penal Code (1872) (Kadish *et al.*, 2016, p. 87), relating to the American O. J. Simpson case. Judge Ito of the Los Angeles Court, in his instructions to the jury, writes that reasonable doubt is that situation which leaves the minds of the jurors in such a condition that they cannot be said to feel an unshakable conviction as to the truth of the charge (Ramadan, 2003, pp. 233-252). Emblematic is the statement of juror Aschenbach, who was firmly convinced of the guilt of the defendant and yet was forced by law to vote in the opposite direction (Ramadan, 2004, p. 65). What is required of the jurors, in fact, is not to state how convinced they are of the guilt, but to assess whether or not the prosecution's evidence meets the criterion of reasonable doubt.

It is well known that the BARD's rule doesn't establish a precise criterion for evaluating the evidence, being hinged on an essentially soft concept such as the reasonableness of the doubt that can prevent conviction, even in the presence of evidence of the guilt of the accused (Minhas, 2003, p. 122). The different and variable interpretations that have been given by the courts of civil and common law are not convincing and it is not even possible to verify whether and how the rule is actually applied. It is also known, in fact, that judges refer to it when giving instructions to juries, but as we know the U.S. jury decides in secret, without the presence of the judge, and the verdict is not motivated. Thus, there isn't justification for the way juries interpret the reasonable doubt criterion. Consequently, it is impossible to derive from the North American BARD the formula for a possible definition of the criterion set forth in article 533 of the Italian Code of Criminal Procedure (C.P.P 1988) (Paulesu, 2009, p. 85).

4. BAYES' THEOREM: THE FAILED ATTEMPT OF THE PROBATIVE VALUE MODEL (EVM)

The proof problem is not interpretable according to Bayes' theorem. Bayes' theorem is the logical-probabilistic function that describes the proper procedure for reviewing confidence toward a hypothesis in light of a body of evidence (Callen, 1982). Thus, it is a method of calculating the probability of hypotheses that quantifies not only the preponderance-of-evidence canon of the civil trial, but also the beyond any reasonable doubt canon (Allen, 1994, p. 616). In the criminal process, the application of a Bayesian model allows one to verify whether the personal probability that the version of the prosecution is true compared to the version of the defense and, at the same time, imposes the verification that the critical threshold of probability (reasonable doubt) is exceeded. Bayes' theorem assesses the impact of a given piece of evidence on a judge's personal degree of belief in relation or a given reconstructive

hypothesis. It is considered as a method of review when there is information of an event, and new data is obtained. In the logic of reasonable doubt, proof of innocence does not work simply because it is not necessary. In contrast, proof beyond a reasonable doubt of the falsity of a hypothesis does not differ in its methods of ascertainment and difficulty from proof of its truth (Pardo, 2010, p. 1455). The difference lies in the fact that, while for the purposes of conviction such an intellectual and economic effort is reasonable, the proof of innocence appears completely unnecessary and uneconomical, since the process is called to examine only the propositional truth of the charge (Anderson *et al.*, 2005, p. 334). The Bayesian concept has found a concretization in the Evidentiary Value Model (E.V.M.), a Swedish model developed to resolve the doubts raised by the codification of the concept of free and rational conviction of the judge (Kuhn, 1962)²⁰. The intent of the model is the algorithmic management of complexity through the causal explanation of an event as a function of a given evidence (Allen, 2011, p. 1054). This model maintains the idea that belief in a hypothesis is quantifiable and that Bayes' theorem represents the basic model for calculating the evidentiary weight of a single piece of evidence. The E.V.M. therefore proposes to define judgment as an evaluation of the «evidentiary relationship» between the accusatory hypothesis and the compendium of evidence acquired. However, it excludes that the formation of a belief lies in a mere statistical determination of the probability of observing a hypothesis in the light of evidence. Thus, the judge is not primarily concerned with establishing the truth of the *factum probandum*, but with establishing that there is an adequate «evidentiary relationship» as to the presence, or possible presence, of a causal or logical link between the evidence and the subject since even a high degree of belief in the truth of an accusatory proposition «beyond a reasonable doubt», has judicial value only if it is established on the basis of an adequate evidentiary relationship that justifies it (Allen, 1991, p. 410). Evaluating the evidence would mean estimating the probability that individual pieces of evidence from time to time prove the hypothesis. In dynamic terms, the Evidentiary Value Model allows one to combine the different values of the evidentiary relationship of the individual pieces of evidence acquired with respect to the hypothesis, where the relationship between each individual evidentiary value is disjunctive and independent since the question is not whether all of the evidentiary facts prove the issue but whether some of them do. However, this cognitive model fails. In fact, the justification of a belief placed at the basis of the motivation must never result in a mere identification of the causal law capable of explaining the greatest number of similar hypotheses (Tillers and Green, 2003, p. 49). The doubt as to the conduct of the crime must be compatible with the conviction, if it is in any case certain that the defendant committed the crime in question. Otherwise, it would be an abnormal expansion of responsibility, in violation of the guarantee of responsibility for one's

²⁰ The standard analysis with scientific method provides three syllogisms: deduction in which the conclusion is unknown, induction in which the major premise is unknown, abduction in which the minor premise is unknown.

own actions (Allen and Pardo, 2008, p. 259). For this reason, the statistical data on which bayanism is based must be supplemented, transubstantiated and possibly disproved by the peculiarities of the concrete case, whose probative force doesn't seem to be numerically quantifiable.

Thus, it is possible to outline a generic formula applicable to law.

If $P(A)$ is the probability of A and $P(B)$ is the probability of B , then the conditional probability of A given B is $P(A|B)$ and the conditional probability of B given A is $P(B|A)$. Bayes' theorem says that $P(A|B)$ (Efron, 2013, p. 1-3).

It is well known that the misclassification error rate is minimized if each instance is classified as a member of that class for which its conditional class posterior probability is maximal. Consequently, the naive Bayes classifier is optimal, in the sense that no other classifier is expected to achieve a smaller misclassification error rate, provided that the features are independent (Berrar, 2008).

5. PREMISES OF A NEW THEORY BETWEEN INTERNAL DOUBT AND EXTERNAL DOUBT

The analysis conducted so far leads to the necessary comparison between the most influential theories on reasonable doubt in order to formulate the most acceptable doctrine. There are two doctrinal problems to be addressed: the first is related to the principle of non-contradiction, the second to the principle of probability (Black, 1984, p. 112).

In the first place, a «reasonable doubt» can only derive from an evidentiary insufficiency or contradiction, since logical-subjective doubts remain unreasonable. This derives from the possibility of hypothesizing an alternative explanation independently of the evidence acquired, since, however sustainable from a rational point of view, it would remain purely theoretical. To acknowledge the existence of the causal link, it is sufficient to find an appreciable probability, even small, that the conduct of the agent has contributed to causing the event (Laudan, 2006, p. 77). In the Franzese judgment the criterion of reasonable doubt represents the limit of the judge's freedom of conviction in order to avoid that the outcome of the trial is left to discretionary, subjective and arbitrary assessments. The principle of beyond a reasonable doubt is expressed in the fundamental guarantees of the criminal process, including the presumption of innocence, the *in dubio pro reo* and the obligation to motivate, which is guaranteed by the control ex art. 606, paragraph 1 letter. e) cpp (Iacoviello, 2006, p. 3869).

The second strand concerns the issue of probability through the mathematical form with which scientific evidence is presented in a courtroom. The use of quantitative data contributes more and more frequently to the probative reconstruction of the facts, but not without questions, still unanswered, regarding the «certainty» or

objectivity of their conclusions (Saini, 2009). While it is undoubtedly true that the introduction of objective measures of certain measurable and quantifiable events can increase the reliability of the evidence presented in a trial, it is not possible to affirm that it is always guaranteed, at a cognitive level, the precise awareness and therefore their appropriate use during the course of the judicial decision (Fiandaca, 2005). The human mind is intrinsically unable to process probabilistic information. According to the evolutionary hypothesis, if non-experts are incapable of estimating the probabilities of single events, they should, however, otherwise be able to provide correct frequency predictions (Kahneman, 1999, p. 14). Indeed, even if our ancestors could not observe the probabilities of single events, they were nevertheless able to observe the repetition of actual events and record their frequencies. Consequently, assuming that natural selection has endowed the human mind with an innate mechanism for dealing with frequencies, individuals can be expected to be able to solve probabilistic problems in which numerical information expresses frequency values. Against the prospect of an ideal decision maker, capable of making normatively accurate choices, it has shown that people are not always able to correctly assess probabilities (Kahneman, 1999, p. 32). The story must be authorized by the facts, namely the evidence. Public prosecutor and defendant must not invent a story but tell a story in which the people involved and the actions taken are connected by temporal (the when) and causal (the why) links (Allen, 1997, p. 266). The construction of a story, therefore, assumes a fundamental function of organizing the evidence that has been presented, during the trial, in a chronologically disordered and not always exhaustive way (the evidence has different evidentiary value, is presented on different days and the witnesses are not always accurate): this «systematization» is able to facilitate the understanding of the case and allow judges to formulate a verdict, but also, potentially, to misunderstand or alter it. Once the indictment has become history, it will be easier for the judge to check its credibility in light of the criterion of the ordinary course of human affairs. Congruence is more than mere non-contradiction. The congruence of a hypothesis is its verisimilitude. A story is congruent and plausible precisely because it is verisimilar: that is, it reflects the usual order of things. They are «human story plots», which according to the experience and cultural patterns of a given era appear «logical». They are mental schemes, cognitively internalized by each individual, through which to perceive and interpret the events of everyday life (Kahneman, 1999, p. 18).

6. EPISTEMOLOGICAL STRUCTURE BETWEEN JUDGMENT'S GROUNDS AND BARD'S RULE

When the judge is forced, or wants to make even two syllogisms, the door is opened to uncertainty²¹. In the light of the above considerations, one can formulate

²¹ See moreover the essential literature in this field: De Finetti (1970, p. 34); Cohen (1977, p. 56)

a theory of reasonable doubt based on the combination of legal dialectics and jurisprudence.

The demonstrative reasoning assumes the complete rationality of the decision, as it derives from the application of the codified rules to the ascertained fact. Alongside this is the possibility of inductive reasoning, which admits conclusions with a different gradation of truth-falsehood. Ergo, reasoning refers to the universe of probability and no longer to that of absolute certainty. The legal argumentation, however, is a particular type of inductive reasoning, because while usually by induction, it means a logical argument that starts from particular premises to reach a universal statement, in this theory is highlighted the inductive generation of a general hypothesis, from specific cases (Laudan, 2010, p. 23). Legal reasoning is therefore an abductive type of reasoning, which proceeds from the particular, *i. e.* the evidence, to another particular, *i. e.* the probability that a hypothesis, such as the statement «X has killed Y», is true. The abductive generation of an explanatory hypothesis for a particular case is based on its similarity to other cases that have previously supported an inductive maxim: the thinking involved is not associative, but analogical (Carlizzi, 2019). Starting from uncertain premises, the conclusions of abductive reasoning are not about the probability of an event, but about the probability of a hypothesis, more correctly, the probability, beyond a reasonable doubt, that a hypothesis, the imputation, is true (Caprioli, 2009, p. 77). The principle of jurisprudence applied to the evidentiary process is essential to understand this theory because in every crime the judge must express himself with a perfect syllogism (Allen *et al.*, 2006, p. 91): the major premise is the general law; the minor premise is the action conforming or not conforming to the law; the conclusion is freedom or punishment. Abductive legal reasoning is thus linked to the concept of probability. To conclude the thread of the argument, therefore, the inductive and abductive quality of legal reasoning, connoted primarily and predominantly by the notion of probability, is linked to that of doubt. Such thinking makes the logical certainty of the deductive conclusions of the judicial syllogism unreliable.

Legal abduction, according to a fallibilist approach in epistemology, is a reconstruction of what happened with a public confrontation of hypotheses through shared criteria and principles. The trial is the means of a public reconstruction, and the abduction is one of the processes of verifying or falsifying the hypothesis regardless of any principle of method (on the criteria of hypothesis formulation and selection) (Tuzet, 2023).

The introduction of the rule of beyond all reasonable doubt imposes on the judge a «dialectical method» of verification of the accusatory hypothesis according to the criterion of «doubt»: in essence, the verification of the hypothesis of the accusation by the judge must be carried out in such a way as to avert that there may be internal or external doubts to the same. Thus, according to this perspective, reasonable doubt about the prosecutor's hypothesis, which prevents conviction, may be of two types: internal or external. Internal doubt is that which reveals the prosecutor's inconsist-

ent hypothesis that explains only some facts, but not all the facts necessary for a judgment of guilt. External doubt, on the other hand, is an alternative thesis to the prosecutor's hypothesis that is not a possibility. Consequently, a conviction can only occur if the barriers of this dual doubt are overcome.

The logical structure of a legal decision is the practice of inverting the decision and its reasons, it's a practice of reasoning (Tuzet, 2023, pp. 167 ss.).

A judicial decision is a right decision if it is determined on the basis of the facts ascertained. Essentially, a judicial decision is a right one if factual premises are true and normative premises are morally acceptable. Now, concerning the first condition, justice follows from a true account of the facts. There cannot be justice without truth. There cannot be a right decision on the basis of a false reconstruction of what happened or matters. In observance of the truth, those legal consequences should be determined which normatively follow from the facts ascertained (Canale and Tuzet, 2007).

So the legal and scientific abduction (Haack, 2015, pp. 128-135):

- provides for the best explanation of what happened;
- concerns the relation of truth and proof, their opposition is a false one, because a proof is a proof of the true, and a limitation of the patterns of investigation does not change its goal;
- in the adversary model, is public;
- if it is true that the parties on trial are in conflict, it is true that the judgment should regard the truth or falsehood of their arguments.

7. SCIENCE AND JUDGMENT'S GROUNDS

The judge must not examine the scientific content, but the scientific criteria. The reasoning is not immune from the apparent defect. We must, therefore, avoid that the logical probability becomes a *post hoc, propter hoc* masked (Nobili, 1992, p. 14). There is a need to maintain the generality of the maxim of experience, warning of the risk that we end up building a maximum of experience that is nothing more than a repetition of the concrete case under consideration. In a case where it was necessary to establish the causal link between a brain injury caused by a road accident and the subsequent destructive sexual behavior, the Supreme Court based the reduction of the conviction's judgment from life imprisonment to twenty years on rather problematic scientific evidence, affirming that the criterion of «*more likely than not*» operates in the evaluations carried out²². On the one hand, we must beware of the temptation of artificial intelligence, which is ontologically incapable of replacing

²² See following Italian Supreme Court jurisprudence: Cass., Sez. I, 18 marzo 2019; Cass., Sez. I, 29 marzo 2020; Cass., Sez. I, 28 agosto 2020; Cass., Sez. IV, 12 giugno 2012, n. 23147; Cass., Sez. IV,

human judgment, on pain of a fatal arithmetic reductionism that opens up a sci-fi framework of «machine rebellion». On the other hand, acclaimed as the judge's decision constitutes a *mixtum compositum* of reason and emotion, it is essential to legalize the conviction.

If instead we consider a rule on human action, there is only that specific human occurrence in its singularity and unrepeatability that puts us in front of different and unpredictable decisions based on the same elements and that to present the errors and distortions that can undermine the reasoning of the judge in order to avoid them and on this there are «extralegal» disciplines that can provide valuable help. To stem the degeneration of emotions opens the field of cognitive psychology that studies the systematic distortions of knowledge (think of the c.d. tunnel vision or confirmation bias and the c.d. Prosecutor fallacy or rule of inusuality)²³.

On the front of reasoning, the logic and philosophy of language can come to the rescue where the c.d. fallacies of reasoning are highlighted (distinguishing between fallacies from the illogicality of argumentation and the fallacies of inductive or probabilistic reasoning). It should be considered that—as a demonstration of the composite nature of human reasoning—there are grounds in which the cited disciplines reveal overlaps. These are profiles that deserve a specific application to legal reasoning, also because the aspects of overlap should be investigated with appropriate cognitive tools. Net of these last considerations, the clarity about the typologies of errors, in which it can incur, *ex ante* can avoid that it is fallen and *ex post* can allow to who is called to control the reasoning to identify them and to put to you to remedy. Today this appears to be the only reassuring path to follow in every field possible solutions of «decision hygiene» based on corrective protocols.

In a criminal case, the relevant fact should be proved «beyond reasonable doubt»; while in civil cases the standard is less high. This is true, but independently of the standard, a proof is always taken as a proof of the truth. Truth is the main goal of legal inquiry and abduction is a valid reasoning because the problem concerns the evidence and not the reasoning. It is a probable inference, that is an inference determining conclusions whose truth does not necessarily follow from the truth of the premises. It is indeed a principle of responsibility. The knowledge of the uncertainty of abductive conclusions means the responsibility for their inference. The knowledge of the lack of certainty of a certain piece of reasoning means the impossibility of concealing an arbitrary decision under the shield of logic (Tuzet, 2016, pp. 195-209).

20 giugno 2011; Cass., Sez. V, 20 aprile 2017; Cass., Sez. IV, 14 aprile 2016; Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2014.

²³ See Iacoviello (1997, p. 239).

8. SCIENTIFIC EVIDENCE AND ITS RESISTANCE AGAINST BARD'S RULE

The evaluation of evidence and free conviction is controllable through the method that governs it and must be controlled by virtue of the preceptive value of reasonable doubt. The summary of «legal and rational motivation» starting from norms such as art. 192 and 546, lett. e), C.P.P. 1988. It is precisely the drafting of the reasons that allows us to express the evaluation method used, starting a path of understanding and sharing of the same thanks to the existence of the system of controls. Again, the key is the attempt to deny that, in addition to articulating the structure of the criminal trial, must usually constitute the judge's way of reasoning. The attempt to falsify, implemented at the level of the probative method through the dialectic of the trial, has always been reflected, in the c.d. dialogical structure of the motivation that—today in compliance with the canon of clarity—must explain the reason why the judge has formed a certain conviction based on certain evidence (the why yes) and the reasons why he excluded the conclusions that would be drawn from the other evidence (why not).

The prosecutor formulates the best reconstructive hypothesis, the impact of the adversarial debate passes it to the scrutiny of falsification—it is also necessary articulation of the reasoning of the judge that must then be reflected in the motivational apparatus. It can, therefore, be said that, for thirty years, the code incorporates a model of motivation with a recognizable and informed structure to a very clear epistemological approach. art. 546, lett. e), C.P.P. 1988 which, in this respect, shows its true nature as a prescriptive norm²⁴.

This rule implies a «reinforced dialogue structure» for the motivation: where it specifies that the supporting apparatus must indicate «the results obtained and the criteria for evaluating the evidence adopted by stating the reasons for which the judge considers the contrary evidence to be unreliable» and imposes an attempt to deny any inference (Iacoviello, 2013, p. 338).

The parable appears accomplished: valued to contain the risks associated with scientific evidence, in turn linked to the double thread with the ascertainment of the causality relationship, reasonable doubt has determined the formation of a real science of evidence²⁵.

Causality can also be proven by maxima of experience, provided the standard of logical probability is reached²⁶.

²⁴ See Capograssi (1959, p. 65).

²⁵ See Zirulia (2019, p. 1311).

²⁶ See Dominioni (2005, p. 312).

Scientific evidence is not a tool gnoseologic *sui generis* but it is evidence like all the others: it goes through the contradictory, the process of parts, the partially device principle, the reasonable doubt²⁷.

Again, the motto of the «*judge peritus peritorum*» expresses a cultural model that is no longer current and, indeed, decidedly anachronistic, at least insofar as it claims to assign to the judge real ability to govern the flow of scientific knowledge that the parties pour into the process.

The result of a scientific test can be considered reliable only if it is checked by the court, at least with regard to the subjective reliability of the supporter, the scientific nature of the method used, the more or less acceptable margin of error and the objective value and reliability of the result achieved such control only if a full contradictory examination is carried out.

With reference SS. UU. (United Sections of Italian Supreme Court) to the scientific evidence, it was then stated that the burden of proof on the correct acquisition of data and on the basis of the theory based on the reconstruction rests on the part that introduces the scientific data. Moreover, the jurisprudence has affirmed that the expert report is not neutral proof because no scientist is neutral and because in the criminal trial it is part of the dynamics of the burden of proof through the comparison between experts who support arguments sometimes in conflict. In this crucial procedural juncture, «the decisive role is highlighted, which, in the context of procedural dialectics, assumes the oral contradiction through which occurs, in the trial, 1) the reliability of the expert, 2) the reliability of the scientific method used and 3) its correct application to the specific case [...] all operations that also allow to distinguish the irrelevant or false opinions of the expert (c.d. junk science) from reasoned opinions on the basis of laws scientifically tested and accredited by the scientific community²⁸.

As far as scientific evidence is concerned, the right to the contrary must be guaranteed to the greatest extent. In recent arrests, case law is increasingly asserting that, in the event of disagreement between experts, the right to proof arises provided that the contrast is effective and documented. Otherwise, the established principle that the court may rely on expert advice alone would be disproved by a recent jurisprudential arrest that has considered the technical consultant of the prosecutor as a figure teleologically oriented towards the ascertainment of the truth, in the prism of a peculiar reading of art. 358 C.P.P. 1988. Such arguments constitute the sign of the persistent uncertainty on the consistent *ubi* of the experts, on their obligations and burdens. The reasonable doubt is the alpha and the omega of any reasoning in the matter of proof. The intuition of the judge cannot fill any demonstrative gaps. The correct way of reasoning is not the convergence of the multiple, but the screening

²⁷ See Frosini (2002, p. 102).

²⁸ See *Frye v. United States* (D.C. Cir. 1923).

of precision and gravity that—before proceeding further—must be carried out on each circumstance individually considered. Experience maxims should also be denied where they are to be used in representative evidence in assessing the credibility of the registrant and the reliability of the claim.

A theory should not be considered new when empirically but scientifically conducted, of all the available evidence critically examined, as well as an inductive judgment elaborated on the analysis of the characterization of the historical fact and on the particularities of the concrete case, each of the assumptions made are verifiable and verified by the scientific community. The statement is certainly worthy of careful study, with the foresight to recall how lurking there is the risk of incurring the c.d. «fallacy of the composition». It is that error of reasoning that consists in attributing to the whole the properties of its parts, while it is not necessarily that the individual parts, combining each other, maintain their characteristics unchanged.

It is clear, however, that in such cases the need to overcome the criterion of beyond reasonable doubt requires to conduct the assessment of «quality» with the utmost rigor requiring an even stronger motivational apparatus capable of resisting any attempt at denial, especially when the theory itself is based on the reconstruction accepted by the conviction.

The judge of merit is called to evaluate as it were «from the outside» the scientific law, we must pay the utmost attention: in fact, the danger is increasingly real that we are satisfied with an external assessment of the identity of the scientist and the method of formation of the theory he applies, without then establishing whether the scientific theory is convincing in its cognitive content and especially whether it, applied to the present case, produces reliable results.

9. CONCLUSIONS

The identification of the accreditation of scientific law may be based on the conviction. In some pronouncements, in fact, there seems to be a real equation between the criterion of beyond reasonable doubt and the general acceptance of theory in the scientific world, in clear contrast to the acquisitions of the Daubert test that had made the general acceptance a purely residual criterion in the scientific screening. It would therefore be useful to meditate on the cross between the standard of logical probability, the rule of judgment imposed by the BARD criterion and the scientific parameters of theory. This is evidently a necessary consequence of the fact that, in our legal system, these latter criteria find their systematic place of election not so much in the phase of admission of the test as in the phase of evaluation of it and, therefore, they must necessarily confront the rules of evidence and judgment that operate at that stage. Nothing more complex for those who are called to apply it. There is a risk that the new science will be cut off, which by definition does not enjoy the broad sharing of the scientific community by creating a two-speed science. In

reality, the reasoning is affected by the peculiarity of asbestos, in which the theory of the accelerator effect fails to clarify the causal effectiveness of the individual exposure ducts during the period of real latency.

In the same hermeneutic path, in a relationship of speculation, there is uncertainty also with reference to the scientific law that can be based on the existence of a reasonable doubt on the reconstruction of the accusation and that, consequently, can justify the acquittal. On this front, the risk is to base reasonable doubt on the swampy terrain of questionable or even pseudoscientific scientific laws, while it is important to keep in mind that the attribute of «reasonableness» seems even incompatible with the reconstruction of a fact based on unreliable science. It is, therefore, important to identify the boundary line between reasonable doubt and «pseudoscientific doubt», which runs on a ridge really thin and difficult to identify already at the conceptual level.

Evidence is literally incomprehensible without rules of language and logic, but it is simply accepted that an investigator can process information and deliberate on it. The rules of evidence distribute the possible errors of judges favoring in the case of the criminal rule the false negatives (acquittal of the guilty) over the false positives (conviction of the innocent). From this brief discussion the objective of research is partially reached, because through the theory presented in front of a situation in which there is total confirmation of the hypothesis of guilt, it can be considered that the BARD is an additional and final criterion of truth, avoiding the deeply immoral concept according to which condemning a man as a criminal is based exclusively on fixing once and for all a threshold of reasonable doubt because this means to admit a certain threshold of risk of condemning an innocent person.

BIBLIOGRAPHY

- Allen, R. J. (1980). Structuring Jury Decision Making in Criminal Cases: A Unified Constitutional Analysis. *Harvard Law Review*, 94(2), 321-368. <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/structuring-jury-decisionmaking-criminal-cases-unified>
- Allen, R. J. (1991). The Nature of Juridical Proof. *Cardozo Law Review*, 13, 373-422. <https://www.scholars.northwestern.edu/en/publications/the-nature-of-juridical-proof>
- Allen, R. J. (1997). Rationality, Algorithms, and Juridical Proof: A Preliminary Inquiry. *International Journal of Evidence and Proof*, 1 (Special Issue).
- Allen, R. J. (1994). Factual Ambiguity and a Theory of Evidence. *Northwestern University Law Review*, 88(2). https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/ill-r88&id=620&men_tab=srchresults
- Allen, R. J. (2011). Rationality and the Taming of Complexity. *Alabama Law Review*, 62. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1808217
- Allen, R. J., Kuhns, R. B., Swift, E. and Schwartz, D. S. (2006). *Evidence: Text, Problems and Cases*. Aspen Publishers.
- Allen R. J. and Pardo, M. (2008). Juridical Proof and the Best Explanation. *Law & Philosophy*, 27(3), 223-268. <https://www.jstor.org/stable/27652649>
- Anderson, T., Scuhm, D. and Twining, W. (2005). *Analysis of Evidence*. Cambridge University Press.

- Balsamo, A. (2017). Efficacia nel tempo della svolta giurisprudenziale. In A. Cadoppi, *Cassazione e legalità penale*. Dike.
- Bernstein, D. E. and Jackson, J. D. (2004). The Daubert Trilogy in the States. *Jurimetrics*, 44(3), 351-366. <http://www.jstor.org/stable/29762857>
- Berrar, D. (2018). Bayes' Theorem and Naive Bayes Classifier. *Encyclopedia of Bioinformatics and Computational Biology* (Vol. 1, pp. 403-412). Elsevier.
- Black, M. (1984). *Induction and Probability*. Macmillan Publishing Company Inc.
- Blaiotta, R. (2010). *Causalità giuridica*. Giappichelli.
- Brusco, C. (2012). *Il rapporto di causalità*. Giuffrè.
- Callen, C. R. (1982). Notes on A Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law. *Indiana Law Journal*, 57(1), 1-44. <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2280&context=ilj>
- Canale, D. and Tuzet, G. (2007). On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation? *Ratio Juris*, 20(1), 32-44.
- Canzio, G. (2004). Oltre il ragionevole dubbio come regola probatoria e di giudizio penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 47(1), 303-308.
- Capograssi, G. (1959). Giudizio processo scienza verità. In *Opere* (Vol. V). Giuffrè.
- Caprioli, F. (2009). L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 52(1), p. 51-92.
- Carlizzi, G. (2019). Scientific Questions of Fact Between Free Evaluation of Evidence and Proof Beyond any Reasonable Doubt in the Criminal Trial. *Quaestio Facti. International Journal on Evidential Reasoning*, 1, 133-176. <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22366>
- Carnap, R. (1966). *La costruzione logica del mondo* (Introduzione e traduzione di E. Severino). Torino.
- Cohen, J. L. (1977). *The probable and the provable*. Clarendon.
- De Finetti, B. (1970). *Teoria delle probabilità*. Einaudi.
- Dominioni, O. (2005). *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*. Giuffrè.
- Edgington, D. (1985). The Paradox of Knowability. *Mind*, 94(376), 557-568. <https://www.jstor.org/stable/2254726>
- Efron, B. (2013). Bayes' Theorem in the 21st Century. *Science*, 340(6137), 1177-1178. <https://www.science.org/doi/10.1126/science.1236536>
- Fiandaca, G. (2005). Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche: Il diritto e il processo penale. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 5. https://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2005_n5/mono_G_Fiandaca.pdf
- Frosini, B. V. (2002). *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*. Giuffrè.
- Gorla, G. (1951). Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze». *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 11-12.
- Haack, S. (2015). *Legalizzare l'epistemologia: Prova, probabilità e causa nel diritto* (a cura di G. Tuzet). Università Bocconi Editore.
- Habermas, J. (1992). *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Editori Laterza.
- Helland, E. and Klick J. (2012). Does Anyone Get Stopped at the Gate? An Empirical Assessment of the Daubert Trilogy in the States. *Supreme Court Economic Review*, 20, 1-33. <https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/668621>
- Iacoviello, F. M. (1997). *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Giuffrè.
- Iacoviello, F. M. (2006). Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione. *Cassazione penale*, 46(11), 3869-3884.
- Iacoviello, F. M. (2013). *La Cassazione penale: Fatto, diritto e motivazione*. Giuffrè.
- Kadish, S. H., Schulhofer, S. and Barkow, R. E. (2016). *Criminal Law and Its Processes*. Wolters Kluwer.
- Kagehiro, D. K. and Stanton, W. C. (1985). Legal vs. Quantified Definitions of Standards of Burden of Proof. *Law and Human Behavior*, 9, 159-178.

- Kahneman, D. (1999). Objective Happiness. In D. Kahneman, E. Diener and N. Schwarz (Eds.), *Well-Being: Foundations of Hedonic Psychology*. Russell Sage Foundation Press.
- Kahneman, D., Wakker, P. and Sarin, R. (1997). Back to Bentham? Explorations of Experienced Utility. *The Quarterly Journal of Economics*, 112(2), 375-405. <https://www.jstor.org/stable/2951240>
- Kuhn, T. (1962). *The Structure of Scientific Revolutions*. University of Chicago Press.
- Langbein, J. H. (2003). *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press.
- Laudan, L. (2003). Is Reasonable Doubt Reasonable? *Legal Theory*, 9(4), 295-331. <https://www.cambridge.org/core/journals/legal-theory/article/is-reasonable-doubt-reasonable/497AAA6BBFCAE86F-1C0E6800E36FE42B>
- Laudan, L. (2006). *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press.
- Laudan, L. (2010). Is It Finally Time to Put «Proof Beyond a Reasonable Doubt» out to Pasture? *University of Texas Law, Public Law Research Paper*, 194. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815321
- Mcnaughton, J. T. (1955). Burden of Production of Evidence: A Function of Burden of Persuasion. *Harvard Law Review*, 68(8), 1382-1391. <https://www.jstor.org/stable/1337319>
- Merlino, M. L., Springer, V., Kelly, J. S. and Hammond, D. (2013). Meeting the Challenges of the Daubert Trilogy: Refining and Redefining the Reliability of Forensic Evidence. *Tulsa Law Review*, 43, 417-446. <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol43/iss2/9/>
- Minhas, A. J. (2003). Proof Beyond a Reasonable Doubt: Shifting Sands of a Bedrock. *Northern Illinois University Law Review*, 23(2). https://huskiecommons.lib.niu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=niu_lwr
- Newman, J. O. (1993). Beyond «Reasonable Doubt». *New York University Law Review*, 979.
- Nobili, M. (1992). L'accusatorio sulle labbra, l'inquisitorio nel cuore. *Critica del Diritto*, 4-5, 11-17.
- Pardo, M. S. (2010). Pleadings, Proof, and Judgment: A Unified Theory of Civil Litigation. *Boston College Law Review*, 51. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1585331
- Paulesu, P. (2009). *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*. Giappichelli.
- Picinali, F. (2018). Can the Reasonable Doubt Standard be Justified? A Reconstructed Dialogue. *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 31(2). <https://ssrn.com/abstract=3225838>
- Ramadan, H. M. (2003). Reconstructing Reasonableness in Criminal Law: Moderate Jury Instruction Proposal. *Journal of Legislation*, 29(2), 233-252. <https://scholarship.law.nd.edu/jleg/vol29/iss2/>
- Ramadan, H. M. (2004). The Challenge of Explaining «Reasonable Doubt». *Criminal Law Bulletin*, 40(3).
- Saini, A. (2009, October 21). Probably Guilty: Bad Mathematics Means Rough Justice. *New Scientist*. <https://www.newscientist.com/article/mg20427311-500-probably-guilty-bad-mathematics-means-rough-justice/>
- Shapiro, B. J. (1991). «Beyond Reasonable Doubt» and «Probable Cause»: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence. University of California Press.
- Sheppard, S. (2003). The Metamorphoses of Reasonable Doubt: How Changes in the Burden of Proof Have Weakened the Presumption of Innocence. *Notre Dame Law Review*, 78. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=411101
- Simon, R. J. and Mahan, L. (1971). Quantifying Burdens of Proof. A View from the Bench, the Jury and the Classroom. *Law and Society Review*, 5(3), 319-330. <https://www.jstor.org/stable/3052837>
- Stella, F. (2004). *I saperi del giudice: La casualità e il ragionevole dubbio*. Giuffrè.
- Tillers, P. and Green, E. D. (2003). *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*. Giuffrè.
- Tuzet, G. (2016). *Filosofia della prova giuridica*. Giappichelli.
- Tuzet, G. (2023). Expert Signs and Legal Burdens. *International Journal for the Semiotic Law*, 36(1), 159-183.
- Zirulia, S. (2019). Contrasti reali e contrasti apparenti nella giurisprudenza post-Cozzini su causalità e amianto. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 62(3), 1289-1336.

Cases and legislation

- California (1872). *Penal Code*. <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes/TOCSelected.xhtml?toc-Code=PEN&rocTitle=+Penal+Code+-+PEN>
- Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990)
- Cassazione penale, Sezioni Unite, 11 settembre 2002, n. 30328, Responsabilità del medico: nesso di causalità tra omissione ed evento dannoso (cd. sentenza Franzese)
- Cassazione penale, Sezione I, 24 ottobre 2011, n. 41110
- Cassazione penale, Sezione II, 30 giugno 2022, n. 25016, Prova indiziaria e ragionevole dubbio
- Cassazione penale, Sezione IV, 7 giugno 2011, n. 30862
- Cassazione penale, Sezione IV, 25 marzo 2014, n. 22257
- Cassazione penale, Sezione IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini
- Coffin v. United States*, 156 U.S. 432 (1895)
- Constitution of the United States* (1788). <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>
- Corte di Cassazione, Sezione I, 18 marzo 2019, Palleschi, est. Tardio, in CED Cassazione, n. 276170-04
- Corte di Cassazione, Sezione I, 28 agosto 2020, S., est. Magi, inedita
- Corte di Cassazione, Sezione I, 29 settembre 2020, H.P., est. Boni, in CED Cassazione, n. 279582-01
- Corte di Cassazione, Sezione IV, 14 aprile 2016, B. e altri, est. Montagni, in CED Cassazione, n. 266787
- Corte di Cassazione, Sezione IV, 20 giugno 2011, M. e altri, est. Piccialli, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 1130
- Corte di Cassazione, Sezione IV, 12 giugno 2012, n. 23147, S. e altri, est. Romis
- Corte di Cassazione, Sezione V, 20 aprile 2017, C., est. Scotti, in CED Cassazione, n. 269909
- Corte di Cassazione, Sezione VI, 5 febbraio 2014, L., est. Conti
- Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993)
- Decretum Gratiani (1300-1315)
- Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923)
- General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997)
- In re Winship, 397 U.S. 358 (1970)
- International Criminal Court [ICC] (1998). *Rome Statute of the International Criminal Court*. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/rome-statute-international-criminal-court>
- Italy. Codice di procedura penale (Gazzetta Ufficiale, n. 250, 24/10/1988). <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceProceduraPenale>
- Italy. Costituzione 1947. <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione>
- Italy. Legge 20 febbraio 2006, n. 46. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2006;46>
- Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999)
- Moran v. Ohio*, 469 U.S. 948 (1984)
- United States (1975). *Federal Rules of Evidence*. <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title28/title28a/node230&edition=prelim>

LA VALORACION DE LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE

Jorge A. Rojas*

RESUMEN: La valoración de la prueba en el arbitraje, pese a que puede sostenerse que no tiene estándares con carácter definido, pues en la mayoría de los casos se atribuye al tribunal arbitral la potestad de su evaluación, no obstante en las prácticas comerciales se tienen en cuenta algunas pautas que resultan clásicas dentro de los sistemas tradicionales en el mundo occidental, como son el *common law* y el *civil law*, razón por la cual si bien se han señalado algunos de esos parámetros, se ha hecho especial referencia en esta tarea a nuestras pautas culturales y nuestra formación dentro del sistema continental, que si bien conceden al tribunal arbitral la facultad de acceder por vía de su libre convicción sobre la verdad construida en el proceso, ese método debe ser racional y controlable, circunstancias que asimilan el procedimiento a las reglas de la sana crítica.

PALABRAS CLAVE: valoración prueba, sistemas arbitrales, derecho blando, prueba, sana crítica.

ASSESSMENT OF EVIDENCE IN ARBITRATION

ABSTRACT: The evaluation of evidence in arbitration, despite it can be argued that it does not have definite standards of proof, since in most cases the arbitral tribunal is given the power to evaluate it, nevertheless in commercial practice some guidelines, that are classic within the traditional systems in the Western world, are taken into account, such as common law and civil law, for this reason, although some of these parameters have been pointed out, special reference has been made in this

* Profesor titular regular ordinario de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Universidad de Buenos Aires. Árbitro permanente del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

task to our cultural guidelines and our formation within the continental system, which, although they concede the arbitral tribunal the power to access by way of its inner conviction on the truth constructed in the process, this method must be rational and controllable, circumstances that assimilate the procedure to the rules of sound criticism.

KEYWORDS: assessment of evidence, arbitration systems, soft law, evidence, sound judicial discretion.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. ¿EXISTEN REGLAS DE VALORACIÓN EN EL ARBITRAJE?— 3. EL IMPACTO DEL *SOFT LAW*.— 4. LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN.— 5. EL ROL DE LA SANA CRÍTICA COMO MÉTODO PREDOMINANTE EN EL SISTEMA CONTINENTAL.— 6. A MODO DE CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

«No existen dudas de que el arbitraje sea un sistema de resolución de conflictos que —a nivel internacional— se haya constituido en el más importante por resultar el más utilizado para dirimir controversias de ese carácter.»
Lorenzetti (2006, p. 37)¹

Sostiene Talero Rueda (2008, p. 17) que el carácter privado y consensual que se pretende del proceso arbitral debe ser llevado hasta sus últimas consecuencias, de tal forma que las partes pueden elegir las reglas de procedimiento que quieran, así como el derecho aplicable al contrato que las vincula, del cual surge la controversia, y el carácter ilimitado de la autonomía privada implica la ausencia absoluta de asistencia y de control de legalidad sobre el pacto y el laudo arbitral por parte de las cortes del Estado sede del arbitraje.

A partir de ello, es importante tener en cuenta que no existe un solo sistema de arbitraje, que si bien se lo puede identificar genéricamente como aquel por el que optan las partes para resolver un conflicto, confiriéndole jurisdicción a un tercero (sea un órgano individual o colegiado) a esos fines, la realidad hace que existan distintas

¹ En idéntico sentido Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Luis Fernández De La Gandara (1989, p. 38), quienes señalan que se trata de un incremento paralelo al experimentado en todo el mundo por las transacciones comerciales entre empresas de distintos países. En la misma línea se han expedido Gaillard y Fernández Arroyo (2013, p. 1) al sostener que el arbitraje se ha convertido en un sistema de solución de controversias para una enorme cantidad de relaciones jurídicas internacionales, desde las más simples transacciones comerciales a las más complicadas relaciones entre inversores y Estados, constituyendo en ciertos contextos la opción preferida.

variantes dentro del arbitraje, que conviene no pasar por alto, y que se vinculan muchas veces a la cultura de las naciones que diseñan sus sistemas de justicia de modo diverso².

Estas circunstancias llevan a realizar algunas aclaraciones a los fines de abordar la temática de este trabajo, toda vez que de la misma forma que se señalan diversos sistemas arbitrales, es necesario advertir que no se puede sostener que todos los sistemas de valoración de la prueba en los sistemas arbitrales sean idénticos.

En los arbitrajes, al igual que en el proceso judicial, en relación con el tema aquí abordado, existen dos aspectos que resultan similares y que de algún modo se replican con carácter universal. En primer lugar, que siempre se trabajará con los hechos conforme los propongan las partes y que tales hechos serán objeto de corroboración durante la etapa probatoria del proceso arbitral.

Lo que se construye o se define en función de conceptos, valores o normas son enunciados relativos a hechos del mundo real o, en el caso de hechos particularmente complejos, versiones de segmentos de experiencia o de sectores de la realidad, que tienen alguna relevancia en el juicio, por lo que el hecho en el proceso es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado (Taruffo, 2002, p. 113; Falcón, 2009, p. 95 y p. 121; Ferrer Beltrán, 2007, p. 30 y Devis Echandía, 2000, p. 75)³.

Y, en segundo lugar, puede encontrarse otro denominador común, representado en este caso por ese tercer estadio que tiene la prueba (luego de su ofrecimiento y producción) que es su valoración, y se refleja en el convencimiento del árbitro o tribunal arbitral sobre cuál de las posiciones que se sostienen es la correcta o verdadera, lo que desde luego deberá encontrar fundamentación suficiente conforme al sistema del que se trate al construir el laudo.

El valor o la importancia que tiene este último aspecto, que desde luego hace al desarrollo del debido proceso legal, permite la obtención de un pronunciamiento

² En este sentido se manifestaba Cossio (2002, p. 32) cuando enseñaba que el derecho es cultura. Y en idéntico sentido Chase (2011, p. 23). Un ejemplo vinculado a este tipo de circunstancias, lo constituye la Ley colombiana de arbitraje (Ley 1563 de 2012), en virtud de la cual señala su art. 60 que en el arbitraje de amigables componedores la decisión que se adopte no se asimila a un laudo, sino que producirá los efectos legales de la transacción, aspecto este que hace difusa la distinción entre un arbitraje y una conciliación o una mediación. Otro podría estar representado por el llamado «arbitraje oferta» o «béisbol» que constituye un método por el cual cada parte presenta su mejor oferta al tribunal arbitral y queda a discreción del tribunal elegir aquella que más se aproxima a su propia evaluación. Esta técnica de solución de controversias es ampliamente utilizada en EE. UU. para la negociación de contratos de deportistas profesionales, de ahí la denominación de béisbol (Redfern *et al.*, 2007, p. 107, pto. 1-84).

³ Devis Echandía (2000) aclara que si bien algunos señalan que el objeto de la prueba son las afirmaciones de las partes y no los hechos, teóricamente las partes tratan de demostrar sus afirmaciones contenidas tanto en la demanda como en las excepciones, en el fondo esas afirmaciones recaen sobre la existencia o inexistencia de hechos y, en todo caso, desde el punto de vista del juzgador, que debe fijar el presupuesto de su decisión, el objeto de la prueba lo constituyen los hechos sobre los cuales recaen las afirmaciones o negaciones.

dirimente que encontrará su apoyo en la motivación suficiente del laudo, a la luz de las probanzas rendidas en la causa a fin de resolver un determinado conflicto.

Esa circunstancia cumple con una finalidad esencial que hace a un derecho fundamental, pues resguarda el derecho de defensa en juicio como puntal esencial de la noción de debido proceso, no solo por el reconocimiento a quien le fuera acogida favorablemente la pretensión que ejerció, sino además porque brindará las razones suficientes para ello, a partir de la valoración de la prueba aportada al proceso, circunstancia que a su vez legitimará a la parte vencida para conocer también las razones por las cuales fue desestimada su posición.

El alcance de lo expuesto hasta aquí marca la importancia que tiene la valoración de la prueba en un proceso arbitral y, tal como se desprende de la propia Ley Modelo de CNUDMI (2008), art. 31.2, salvo disposición de las partes en contrario, el laudo deberá tener motivación suficiente para convertirse así en un pronunciamiento jurisdiccional válido⁴. Por lo tanto, se analizarán algunos de los aspectos que hacen a los sistemas de valoración de la prueba en el arbitraje.

2. ¿EXISTEN REGLAS DE VALORACIÓN EN EL ARBITRAJE?

A los fines de destacar la importancia que tiene la motivación del laudo, resulta conveniente destacar que en general los reglamentos de arbitraje dejan librado a criterio del árbitro la motivación (o no) del laudo, tal como fuera adelantado. Sirva también como ejemplo la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial de la CNUDMI (2008), art. 19.2. En otros queda librado a criterio de las partes este deber de motivación, como por ejemplo el art. 56 de la ley peruana (Decreto Legislativo n° 1071, que norma el arbitraje) que dispone en su numeral 1: «Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto...»⁵.

Además, corresponde señalar que al mismo tiempo que no existe un solo sistema arbitral, existen variables que corresponderá tener en cuenta para la interpretación de

⁴ Estos aspectos son prácticamente replicados en la ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en su art. 37.4

⁵ Esta particularidad se puede observar en distintos reglamentos de tribunales arbitrales, como por ejemplo en el reglamento de la American Arbitration Association (2022), art. 46; en el reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2021), art. 27.4; en el reglamento de la London Court International Arbitration (2020), art. 22.1; en el reglamento de la International Centre for Dispute Resolution (2021), art. 22.7; en el reglamento de la Singapore International Arbitration Centre (2016), art. 19.2; en el reglamento de la Hong Kong International Arbitration (2024), art. 22.2; en la Arbitration Act de 1996 inglesa, art. 34.1; en la Ley Española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, art. 25.2. Siendo de destacar en línea con ello que no contienen ningún tipo de disposiciones en esa materia por ejemplo la legislación suiza en materia de arbitraje que se encuentra en la tercera parte del Código Procesal Civil; tampoco contiene disposiciones relativas a la valoración de la prueba la ley brasileña de arbitraje 9.307 de 1996; ni tampoco el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2021).

la existencia de reglas que apunten a la valoración de los medios de prueba rendidos en un proceso arbitral.

Es sencillo inferir que son distintos sistemas los que provienen de las fuentes del derecho continental o *civil law*, de aquellos que se originan en el sistema del *common law*. Sin perjuicio de ello, valorar la prueba tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba que se produjeron en la causa y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio (Taruffo, 2008, p. 132).

Es bien sabido que los ofrecimientos y producción de la prueba en los sistemas de derecho continental difieren de aquellos que se observan en el *common law*, aunque finalmente se concluye con una etapa similar en ambos sistemas, que atiende a la valoración de los medios producidos que resulten conducentes y relevantes para dirimir un conflicto.

En los procesos arbitrales, en general se dan estas características, según el ámbito en el que se desarrollen y el sistema aplicable, lo cual se verá reflejado en las normas que contienen los reglamentos de las distintas instituciones que ofrecen sus servicios de arbitraje, como el caso de la Cámara de Comercio Internacional, la Corte de Londres o la de Madrid, la diferencia —con los procesos judiciales— es que estos reglamentos tratan de componer sistemas neutros, las cuales en su mayoría siguen los lineamientos de la Ley Modelo de CNUDMI (2008), que desde luego no resulta imperativa, sino que constituye lo que se ha denominado *soft law* para los arbitrajes internacionales, más allá de su recepción legislativa en muchos países del mundo, como hace relativamente poco tiempo lo ha hecho Argentina⁶, e incluso en los reglamentos de instituciones como las mencionadas.

Todo ello, desde luego sin perjuicio de que las partes opten por un arbitraje *ad hoc* en lugar de uno institucional, supuesto en el cual las partes decidirán las normas a las cuales ajustar el procedimiento probatorio, supuesto típico en el cual se suelen ajustar a las pautas que surgen de las reglas de la International Bar Association (2020) en materia de prueba, variante a través de la cual también se delega en el tribunal la función de la admisibilidad, pertinencia y valoración de la prueba.

Y ¿cuáles serían las pautas a observar para la valoración de la prueba conforme la Ley Modelo? No existe una norma concreta que señale ese aspecto. Por el contrario, surgen directivas que deberán observar tanto las partes como el tribunal que intervenga.

Básicamente señala el art. 18 de la Ley Modelo que deberá respetarse la igualdad en el tratamiento de las partes, para que cada una de ellas tenga la oportunidad de hacer valer sus derechos, y continúa el art. 19 disponiendo que las partes tendrán la posibilidad de diseñar el procedimiento que estimen corresponder; y la segunda parte de esa norma señala textualmente que: «A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que con-

⁶ Que adoptó sus lineamientos a través de la ley 27.449.

sidere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y *el valor de las pruebas*» (la cursiva es mía).

Con lo cual, como se adelantó, se deja librado a criterio del tribunal, salvo disposición en contra de las partes, la facultad que hace a la admisibilidad, pertinencia y valoración de la prueba, tal como ya fuera adelantado.

Es de destacar que esa libertad que se le brinda a los tribunales arbitrales con relación a la prueba es tan amplia que existen reglamentos en los que se deja librado a criterio, no ya de las partes sino del árbitro, el acto de motivar o no un laudo⁷.

Pero existe otro aspecto a tener en cuenta en la Ley Modelo que tiene un impacto importante en los procesos arbitrales, por resultar una fuente principal en la estructuración de todos ellos, que surge del inciso primero del art. 28 y alude al derecho aplicable al caso, señalando concretamente que el tribunal deberá observar aquel derecho elegido por las partes, con la salvedad que deberá entenderse por tal al derecho sustancial.

Y por vía de ejemplo, es de destacar que en el derecho argentino, existen normas en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), que es un ordenamiento prácticamente nuevo pues su vigencia data del año 2015 y, por cierto no existen dudas de que constituye derecho sustancial, que señala varios supuestos sobre la eficacia probatoria de determinados instrumentos, en tanto se reúnan las condiciones que allí se indican⁸, con lo cual el valor probatorio de algunos instrumentos ya viene puesto —como prueba legal— por el legislador.

3. EL IMPACTO DEL SOFT LAW

Salvo el último ejemplo antes brindado, lo que se lleva expuesto, no solo con relación a la Ley Modelo de CNUDMI (2008), sino además a distintos reglamentos de arbitrajes, da cuenta de lo que se conoce como *soft law*, es decir aquellos cuerpos

⁷ En la *Reglas de Arbitraje Comercial* de la American Arbitration Association (2022). Así se dispone: «R-46. *Form of Award* [...] b) *The arbitrator need not render a reasoned award unless the parties request such an award in writing prior to appointment of the arbitrator or unless the arbitrator determines that a reasoned award is appropriate*» [No es necesario que el árbitro dicte un laudo motivado, a menos que las partes lo soliciten por escrito antes del nombramiento del árbitro o a menos que el árbitro determine que es apropiado un laudo motivado]. Como ya fuera señalado, este aspecto también así fue concebido en el art. 31.2 de la Ley Modelo de CNUDMI (2008) que dispone: «El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa...»

⁸ El art. 296 dispone: «Eficacia probatoria.- El instrumento público hace plena fe: a) En cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal. b) En cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pago, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario».

En idéntico sentido se dispone cuál es el valor probatorio de las actas en el art. 312; o bien el valor probatorio de los instrumentos particulares en el art. 319.

normativos que no tienen carácter imperativo pero que si conforman parte de la denominada Lex Mercatoria que de alguna manera tiene sobrada importancia en el arbitraje pues en las prácticas usuales las partes deciden ajustarse a ella⁹.

Esa Lex Mercatoria comenzó a gestarse cuando el comercio superaba los límites de los feudos y de las naciones, como regulación que superaba los derechos locales y tendía a la universalización dentro de su época, y ese derecho que no era más que el derecho consuetudinario, apoyado en usos y costumbres comerciales apareció con gran potencia para regular básicamente el comercio a distancia y todo aquello que se vinculaba a la navegación comercial (De Trazegnies, 2006, pp. 19 y ss.; Galgano, 2005, p. 41).

Este aspecto en los sistemas arbitrales importa destacarlo toda vez que a través de ese derecho «suave», que no tenía carácter obligatorio, salvo que las partes decidieran ajustarse a sus preceptos, se fue gestando en el ámbito del derecho internacional su especial reconocimiento¹⁰.

Por lo tanto, cobra una especial relevancia para dirimir los sistemas de valoración probatoria tener en cuenta la incidencia que eventualmente pueda tener, por un lado, el derecho aplicable, y por otro, aquellos principios, usos y costumbres que comercialmente han tenido favorable acogida por la comunidad de negocios, sirva como ejemplo en este sentido, que el Convenio CIADI ha receptado este tipo de pautas a tener en cuenta para decidir¹¹.

⁹ Es muy común que las partes en los arbitrajes se ajusten a ese *soft law* (derecho blando), que en sus orígenes —como fue señalado— partió de los usos y costumbres mercantiles hasta que cobró envergadura cuando algunas instituciones comenzaron con la normativización de ese tipo de pautas, como por ejemplo las normas sobre ética o sobre prueba de la International Bar Association; las INCOTERMS que constituyen la abreviatura del inglés de términos comerciales internacionales, que son las que permiten el desarrollo de pautas universalmente aceptadas en el comercio para la compraventa de mercaderías cuando se trata de contratos internacionales, entre muchas otras, desde luego con la implicancia que todo ello tiene para la valoración de la prueba, sea porque contemplen aspectos en particular al efecto o bien que dejen librado a criterio del tribunal esa tarea.

¹⁰ Sirva como ejemplo que el art. 38 de la Corte Internacional de Justicia (1945) dispone que: «La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 59».

Cabe aclarar que el art. 59 señala que las decisiones de la Corte producen efectos solamente entre las partes involucradas y con respecto al caso en concreto que se decide.

En línea con ello, señala Taruffo (2006, p. 97) que el derecho de la economía globalizada es *soft*, flexible, variable, de origen en gran medida contractual, de todas formas no estatal, y se asemeja a una red horizontal que conecta varios puntos situados en cualquier parte del mundo.

¹¹ Cabe destacar que dicha regulación es producto del Convenio de Washington del año 1965 (ICSID, 1965), que dio origen al Banco Mundial y dentro de dicho organismo al Tribunal de Arbitraje para el arreglo de conflictos de carácter internacional referidos fundamentalmente a los arbitrajes de

Ese derecho consuetudinario que se gestó a través del tiempo, precisamente por los propios comerciantes, por las normas contractuales a las que se ajustaban, por el desarrollo que han tenido los instrumentos de pago o de crédito que nacieron bajo ese influjo ya desde la Baja Edad Media, como incluso por la jurisprudencia gestada desde los tribunales constituidos directamente por los gremios que operaban en el área comercial, se fue estructurando un derecho con un fuerte contenido técnico que proviene de ese mundo de los negocios, que lleva a un derecho espontáneo que se lo identificó bajo la denominación de Lex Mercatoria como una expresión de la *business community* o *societas mercantile* (De Trazegnies, 2006, p. 34; Galgano, 2005, p. 71)¹².

Con lo cual resulta absolutamente aceptable, y más aún cuando es decisión de las partes así convenirlo, que la Lex Mercatoria sea interpretada como aquellas prácticas o usos transnacionales en materia comercial, que puede surgir de diversas fuentes, como las de hecho, que significan esas prácticas, o de derecho, como antecedentes jurisprudenciales de tribunales tanto arbitrales como estatales, o incluso doctrina.

De tal forma es una práctica habitual que las partes decidan ajustarse a las Reglas de Praga (2018)¹³ para la práctica de su prueba, o bien a las Reglas de la International Bar Association (2020), que como fuera adelantado no se apartan de los parámetros de la Ley Modelo.

El art. 9 de esas reglas IBA, que constituye un ordenamiento de uso tradicional, señala que el tribunal arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas, con lo cual se advierte que dicho ordenamiento se encuentra en línea con lo normado por la Ley Modelo.

En idéntico sentido se le brinda la potestad al tribunal de excluir un medio de prueba, sea de oficio o a instancia de parte, cuando lo considere irrelevante para

inversión. De tal forma en el art. 42 del Convenio se señala que: «(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. (3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono».

¹² Emmanuel Gaillard (2010, p. 9) la identificó como un cuerpo de normas específicas de la sociedad de comerciantes; Es de destacar en la obra de Galgano (2005) la cita que formula a dos antecedentes jurisprudenciales coincidentes. Uno de ellos de la Casación francesa del 22 de octubre de 1991, y el otro de un tribunal italiano (Trib. Busto Arsizio), del 17 de octubre de 2003. En ellos se señala que la Lex Mercatoria está constituida por «reglas de derecho» verdaderas y propias, que las partes pueden válidamente elegir en lugar de cualquier derecho estatal, y las pueden elegir, en el arbitraje internacional los mismos árbitros, si las partes les cedieron a ellos la elección del derecho aplicable. Agregando el tribunal italiano que la Lex Mercatoria es un «ordenamiento consuetudinario autónomo respecto a los ordenamientos estatales» y que el arbitraje internacional es la sede idónea a juzgar los hechos que se ponen de contraste con la nueva Lex Mercatoria.

¹³ Su nombre completo es: Reglas sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional, conocidas como Reglas de Praga y constituyen otra manifestación de lo que se ha denominado *soft law*.

dilucidar el pleito, más allá de otra serie de razones que se brindan entre las cuales se destaca la última que señala: «Consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las partes que el tribunal arbitral estime suficientemente relevantes».

Estos fundamentos que se brindan apuntan al sostenimiento de los principios básicos del arbitraje que son la sencillez de los procedimientos, la economía procesal que persiguen y, el resguardo de los derechos de las partes, sobre todo con relación a la confidencialidad que pueda existir con relación a documentación sensible que se requiera para la causa.

No obstante ello, también surgen pautas de discernimiento que deberá observar el tribunal en tanto las partes hayan decidido adoptar las Reglas IBA para la práctica de sus pruebas. Ello surge de los numerales 9.5 y 9.6 de esas reglas.

El primero de ellos dispone: «Si una parte no suministrare, sin explicación satisfactoria, un documento requerido en una solicitud de exhibición de documentos que ella no hubiera objetado en debido tiempo o no presentara un documento que el tribunal arbitral hubiera ordenado aportar, el tribunal arbitral podrá inferir que ese documento es contrario a los intereses de esa parte».

Y el siguiente: «Si una parte no cumpliera, sin explicación satisfactoria, con poner a disposición cualquier otra prueba relevante (incluyendo testimonios) solicitada por una parte frente a la cual la parte requerida no hubiera objetado en debido tiempo o no cumpliera con poner a disposición cualquier prueba, incluyendo testimonios, que el tribunal arbitral haya ordenado practicar, el tribunal arbitral podrá considerar que esa prueba es contraria a los intereses de esa parte».

Estos aspectos, marcan una impronta muy peculiar de esas normas del denominado *soft law*, que no es otra que la presunción que imponen al tribunal, derivado de la conducta omisiva de alguna de las partes, circunstancia que da pie a analizar los distintos sistemas de valoración que resultan dables de observar por un tribunal.

4. LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN

Como fuera señalado, en el arbitraje no existe un único sistema de valoración de la prueba, baste señalar como ejemplo la diversidad entre los sistemas del *common law* y los del *civil law*. Mientras en los primeros predomina en el ámbito civil el *preponderance of evidence* (preponderancia de las pruebas), o el *balance of probabilities* o *preponderance of evidence* (balance de probabilidades o preponderancia de la evidencia)¹⁴, en los países del *civil law* no existe un equivalente a esos estándares de prueba y se utilizan

¹⁴ Señala Taruffo (2008, p. 137) que el estándar de balance de probabilidades establece, en esencia, que cuando sobre un hecho existan pruebas contradictorias, el juzgador debe sopesar las probabilidades de las diferentes versiones sobre los hechos para hacer una elección en favor del enunciado que parezca ser relativamente más probable sobre la base de los medios de prueba disponibles.

reglas de valoración de la prueba, destacando entre ellas las reglas de la sana crítica, entendido como sistema de libre valoración motivado (Lluch, 2012).

La importancia de advertir estos aspectos básicos radica, en lo que se ha desarrollado hasta aquí, en que no existen estándares de prueba determinados, sino que la regla que resulta habitual es dejar en manos del tribunal la tarea de admisión, pertinencia y valoración de la prueba, brindándosele para ello total libertad, como se desprende claramente de la Ley Modelo de CNUDMI (2008) antes señalada, como igualmente de los usos y prácticas mercantiles representados por el impacto que genera el *soft law*.

Para mayor claridad se señalará que por estándar de prueba debemos entender aquel grado de certeza que mínimamente permite afirmar que una hipótesis ha sido confirmada¹⁵, aspecto que como se ha visto hasta aquí se difumina en el ámbito del arbitraje por no existir una metodología de trabajo preconcebida, sino que por el contrario resulta un lugar común que ello quede en manos del tribunal, quien decidirá sobre la admisibilidad, pertinencia y valorará la prueba según mejor estime corresponder.

Por lo tanto, jugarán aquí aspectos que exceden un marco legal, sea este imperativo, o se trate de la observancia de las pautas que brinda el *soft law*, o aún sea un marco convencional, toda vez que la actividad de valoración es esencialmente subjetiva y por ende en ella intervienen valores, factores psicológicos, culturales, entre otros. Todo esto es perfectamente válido e inherente a la naturaleza humana de la actividad de juzgar; sin embargo, lo que si resulta imprescindible es que esta actividad de valoración respete determinadas reglas lógicas básicas, como es el caso de los principios que rigen un razonamiento formalmente válido, siendo imprescindible además que sea explicitado a través de la motivación en el laudo (Arrarte Arisnabarrera, 2012, p. 203).

De lo expuesto se desprende que en todos los casos, más allá del sistema que se utilice para que una decisión se pueda reputar como válida, porque respeta los parámetros del debido proceso, resulta imprescindible su motivación, esto es, las razones por las cuales el tribunal estima que un medio de prueba resulta preponderante frente a otro, y haya permitido la subsunción de los hechos materia del proceso, en general expuestos con versiones contradictorias, lo que lleva a que el tribunal precise los medios de prueba en los que sustenta su decisión.

En materia arbitral, no existe la posibilidad de revisar lo decidido por el tribunal en punto a la valoración que hizo sobre los medios de prueba producidos en el proceso, porque esa resulta una tarea de su exclusiva incumbencia, por lo que no se

¹⁵ Ferrer Beltrán (2021, p. 109) sostiene que los estándares de prueba son reglas que determinan el nivel de suficiencia probatoria para que una hipótesis pueda considerarse probada o suficientemente corroborada a los efectos de una decisión sobre los hechos.

admite la disconformidad con el método de valoración o con los resultados obtenidos para sustentar una eventual anulación del laudo (p. 216)¹⁶.

En consecuencia, a los fines de concentrar la tarea en aspectos que hacen a la formación de los abogados en la órbita del derecho continental, y sin perjuicio de que se han señalado aspectos que tienen que ver con otras pautas de valoración de las pruebas como los estándares que existen en el *common law* para el proceso civil, como asimismo la disponibilidad que se le brinda a los árbitros para valorar la prueba según surge de la Ley Modelo y de los reglamentos de instituciones arbitrales que siguen sus lineamientos, como asimismo surge del derecho positivo de algunos países, es importante tener registro de la influencia que ejercen las pautas culturales que hacen a la formación de las personas para evaluar esos medios de prueba.

Y en general en países hispanoparlantes existe un sistema prácticamente aceptado de manera uniforme, como el de la sana crítica, como método que permite la racionalidad en el análisis de los medios de prueba rendidos en un proceso, por lo que señalaremos algunos de los aspectos que permitan su identificación y conceptualización.

5. EL ROL DE LA SANA CRÍTICA COMO MÉTODO PREDOMINANTE EN EL SISTEMA CONTINENTAL

Conforme esas pautas culturales a las que se ha hecho referencia, que se siguen en los sistemas del *civil law*, podría constituir caer en un lugar común clasificar los sistemas de valoración de la prueba entre las pruebas legales o libres, o de libre convicción, como señala Couture (1990, p. 268)) cuando alude a la doctrina tradicional europea.

Señala Couture que las pruebas legales son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio (también denominada prueba tasada). Al efecto refiere que la vieja legislación española anterior a la codificación ofrece el más variado panorama de pruebas legales, así en el Fuero Viejo de Castilla variaba el número de testigos según el litigio versara sobre muebles o inmuebles. Otro ejemplo resulta del Fuero Real de España en el cual por vía de principio estaba excluido, el testimonio de la mujer (Couture, p. 269).

Luego distingue Couture (pp. 270 y ss.) dentro de lo que antes señalaba como libre convicción, una tercera categoría que es la sana crítica, que importa que el juzgador no sea libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Para él, como para la mayoría de la doctrina, a la sana crítica se la interpreta como la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero

¹⁶ En idéntico sentido se ha pronunciado la ponente Susana Polo García, quien señaló que la valoración de la prueba es una actividad subjetiva y personal del árbitro y, por tanto, no revisable (STSJ M 7700/2015, de 9 de junio de 2015)

también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendentes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento, por eso las interpreta como reglas del correcto entendimiento humano, en donde interfieren las reglas de la lógica y de la experiencia del juzgador.

En general, cuando se alude a las reglas de la sana crítica, aparece difuminada su conceptualización, aunque es común sostener que en la valoración de la prueba el juez debe observar esas reglas a la luz de los principios de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia, lo cual es una identificación tan somera como imprecisa, y que atiende más a los aspectos subjetivos de cada integrante de un tribunal —como fuera señalado— que a una concepción concreta o definida de esas reglas.

Sin embargo, Falcón (2009, pp. 658 y ss.) hizo un estudio histórico del sintagma sana crítica que lo llevó a determinar que el origen del término en el campo jurídico se encuentra en el Reglamento del Consejo Real de España (arts. 147 a 148) del año 1846. Y destaca que el término sana crítica fue expuesto por vez primera por D'Alembert en el Discurso Preliminar de la Enciclopedia Francesa, refiriéndose al nacimiento de las ciencias posteriores a la escolástica, y dice que antes de Descartes «las leyes de la sana crítica eran generalmente ignoradas».

Esta obra de 1751 fue el origen del término español, pues el Diccionario de la Academia Española solo incorpora la voz *sana crítica*, como una variante de la quinta acepción de *sana*, definiéndola como «libre de error o de vicio» en la decimosegunda edición de 1889¹⁷. Señala Falcón —citando a Bentham, que desarrolló la evolución que se produjo a partir de esta concepción— que a medida que los conocimientos psicológicos fueron desarrollándose, se han abandonado aquellos medios singulares y extravagantes a los que se tenía que recurrir para la investigación de las verdades legales, como las ordalías, los combates judiciales, los juramentos expurgatorios, las torturas, los lógicos han reemplazado a los exorcistas y a los verdugos.

Concluye que la sana crítica puede ser conceptualizada como un conjunto de preceptos o reglas para juzgar la verdad de las cosas (o los hechos en el campo jurídico), libre de error o de vicio. Pese a ello, reconoce Falcón (2009) —con cita de Sentis Melendo— que «nadie nos ha podido decir: ni las leyes, ni la jurisprudencia, ni la doctrina qué es la sana crítica o cuáles son esas reglas», aunque destaca que en los países no hispanoamericanos prácticamente se desconoce el término¹⁸.

Como fuera expuesto, la formación de los abogados, que en la gran mayoría de los casos integran un tribunal arbitral, más allá de que se admita su integración con otro tipo de especialistas, hace que sus pautas culturales no puedan quedar de lado, y esa formación lleva a los que estamos formados en la órbita del derecho continental a reconocer la importancia de las reglas de la sana crítica como parámetro o estándar al tiempo de valorar la prueba.

¹⁷ Coincide con lo expuesto por Falcón (2009), Barrios González (2017, p. 32 y ss).

¹⁸ En idéntica línea se ha expedido Barrios González (2017, p. 31).

Por lo tanto, luego de su investigación histórica sobre el origen del término sana crítica Falcón se pregunta ¿dónde están esas reglas? Y su respuesta es que debemos encontrarlas en las ciencias, en la técnica, como derivado necesario de la ciencia en su aplicación, en las reglas de la experiencia, en la lógica, tanto como marco de las actividades científicas, técnicas o experimentales como por la vía argumental en la exposición de un laudo, elementos todos sometidos al marco de una determinada normativa jurídica, cuyas reglas integran también la sana crítica¹⁹, dándole así un valor epistémico al procedimiento que propone.

Para tomar algunos ejemplos, que influyen en la cultura y los hábitos naturales de las personas, como los abogados formados en el derecho continental, obsérvese que la Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 1/2000, de 7 de enero), dispone en su art. 34 inc. 2 que en el arbitraje internacional los árbitros decidirán conforme a las reglas elegidas por las partes, pero de tratarse de un arbitraje doméstico o incluso de uno internacional sujeto a la legislación española con árbitros españoles siendo un arbitraje de derecho, en donde el tribunal debe estar integrado por abogados²⁰, no se puede presumir que se dejará de lado la sana crítica para valorar la prueba libremente, sino que será una libertad que debe estar motivada, lo que acerca la situación a las reglas de la sana crítica.

La propia Ley de Enjuiciamiento Civil contempla esas reglas para la prueba de testigos (art. 316 inc. 2), para la prueba documental (art. 326), para la prueba pericial (art. 348). Igualmente la Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) en su art. 25 brinda total libertad a los árbitros para expedirse sobre la admisibilidad, pertinencia y valoración de la prueba, y el art. 34 en su numeral 2 señala que si las partes no indican las normas jurídicas que consideren para su caso, ellos podrán aplicar las que estimen más convenientes, por lo que resulta evidente que su formación, y sus pautas culturales, lo acercarán a resolver a través de un procedimiento racional y lógico que se ajuste a las reglas de la sana crítica.

Lo mismo sucede con un arbitraje que deba desarrollarse en Argentina y se deba aplicar la ley argentina, más allá que el Código Civil y Comercial (Ley 26.994), como fuera señalado, contempla el valor probatorio de algunos medios de prueba, el

¹⁹ Prácticamente en concordancia con esa conceptualización, sostiene Barrios González (2017, p. 34) que la sana crítica puede entenderse como el sistema, la técnica y el arte de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error, mediante la lógica, la experiencia, la equidad y las ciencias y artes afines y auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer, con expresión argumentativa, la certeza sobre la prueba que se produjo en el proceso.

²⁰ Es de destacar que la Ley de Arbitraje española se modificó en este aspecto, requiriéndose que los integrantes del tribunal en los arbitrajes de derecho deben ostentar la condición de juristas, a fin de afianzar así el principio de seguridad jurídica. El día 21 de mayo se publicó en el BOE la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que reforma la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, siendo su entrada en vigor a los veinte días de su publicación y pudiendo consultarse su texto en el siguiente enlace: <http://www.boe.es/boe/dias/2011/05/21/pdfs/BOE-A-2011-8847.pdf>.

art. 386 del Código Procesal Nacional (Ley 17.454) señala que para la apreciación de la prueba, salvo disposición legal en contrario (esto es, tener en cuenta la prueba legal o tasada), los jueces formarán su convicción según las reglas de la sana crítica. En línea con ello, señala el art. 176 del Código Procesal de Colombia (Ley 1.564 de 2012) que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Por lo tanto, toda vez que, en líneas generales, en los países recipiendarios del derecho continental —en su mayoría— se siguen esos lineamientos, más allá de la libertad que se les brinda a los árbitros para decidir la forma que mejor estimen corresponder para valorar la prueba, la pregunta que cabe es ¿cuáles serían esas reglas?

Falcón (2009, pp. 671 y ss.) ha desarrollado un recorrido que permite la identificación de determinadas pautas a tener en cuenta para que se pueda concluir en un procedimiento de valoración lógico, racional y sobre todo controlable por las partes.

El primer aspecto que corresponde tener en cuenta, e indica que podría considerarse como la primera regla, pues cuando hablamos de la versión de los hechos dados por las partes, que deben ser acreditados en autos, es precisamente que esos hechos estén alegados por las partes y resulten conducentes para decidir el litigio, porque se trata de hechos fundantes de una determinada pretensión, por lo cual se podría construir señalando que está representada por los hechos alegados por las partes que resulten conducentes para decidir el litigio.

La segunda regla, también vinculada a los hechos, apunta a la controversia sobre ellos, pues si la primera regla señala que se deberán tener en cuenta aquellos hechos alegados por las partes que sean fundantes de su pretensión, esos hechos a su vez deberán estar controvertidos, pues están exentos de prueba aquellos reconocidos por ambas partes, entre otras variantes de hechos exentos de prueba (como los imposibles, los evidentes, o los notorios, entre otros).

La tercera regla apunta a observar si existe prueba legal o tasada, pues es probable que el árbitro, conforme al derecho elegido por las partes para la resolución del conflicto, se vea compelido a respetar la eficacia probatoria de determinados hechos puesta de antemano por el legislador.

La cuarta regla apunta al análisis de los medios probatorios desde un punto de vista estático, ya que algunos medios de prueba tienden a ser más fiables que otros y además pueden resultar más certeros, por lo que esa fiabilidad permitirá un ordenamiento de esos medios de prueba, pues de ellos se desprenderá el conocimiento que aportan esas probanzas.

La quinta regla por oposición a la anterior requiere de un análisis dinámico de los medios de prueba, pues esa apreciación permitirá la extracción de un conocimiento mucho más afinado sobre lo que arrojó la prueba del proceso. Es evidente que en el proceso habrá una historia que es contada de dos maneras distintas, por lo que este análisis dinámico permitirá confrontar los hechos acreditados con las versiones que sobre ellos brindaron las partes. Por lo tanto, del contraste de cada hecho de la histo-

ria con los medios de prueba que se disponga permitirá determinar tanto la certeza sobre lo sucedido como asimismo aquello que si bien forma parte de alguna de las historias no fue probado. Así esta quinta regla permitirá advertir en la faz dinámica la búsqueda de los medios idóneos correspondientes a cada hecho.

La sexta regla impone no atenerse a un análisis particularizado y atómico de los hechos porque esto puede llevar a confusión. Toda historia corresponde a un conjunto de hechos coordinados, según una secuencia narrativa, por lo cual a la luz de la teoría general de los sistemas, el todo es distinto a cada una de las partes que lo componen, por lo que ciertas evaluaciones provisionales pueden quedar modificadas al ser examinada la prueba en conjunto con todos los elementos de juicio. En este punto Falcón señala que esta regla podría expresarse así: los medios de prueba se examinan en su conjunto y se los coordina con los hechos para obtener una solución única²¹.

La séptima regla que correspondería tener en cuenta serían las presunciones que a modo de amalgama permitan ligar cada uno de los acontecimientos dispersos en una narración final completa. Estas presunciones *hominis* pueden ser complementarias de los medios probatorios, o bien constituir por sí mismas escalones de convicción, pues se articulan sobre el modo normal de suceder las cosas, aspecto que guarda relación con aquel estándar de prueba del *common law* que apunta al balance de probabilidades.

Como octava regla señala Falcón a la duda y la carga de la prueba, pues puede acontecer que, no obstante todos los actos cumplidos, no se pueda resolver la causa porque los medios de prueba resultan insuficientes, o porque no permiten llegar a una conclusión útil, o incluso porque llegado el momento de decidir se tengan dudas respecto de cuál relato de las partes se ajusta a la realidad con mayor certeza. Aquí viene a jugar la carga de la prueba, constituyéndose en una regla técnica para el árbitro o el juez, pues se deberá desestimar la posición de aquella de las partes que tenía a su cargo probar determinados extremos y no lo hizo²².

En línea con ello se expide Taruffo (2008, p. 146), quien señala que la regla de la carga de la prueba constituye un puente entre la situación de falta de prueba de los

²¹ En idéntico sentido se expide Ferrer Beltrán (2007, p. 56) quien señala que «debe advertirse que, si bien una decisión sobre los hechos no puede realizarse sin esa valoración conjunta, esta no puede ser utilizada para evitar la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas. Es más, solo después de valoradas individualmente las pruebas, podrá hacerse con rigor una valoración conjunta de las mismas».

²² Coincide con Falcón, Hernando Devis Echandía (2000, p. 196) quien sostiene que debe entenderse que es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión. En línea con ello el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2021) señala en su art. 27.1, que lo destacan Redfern *et al.* (2007, p. 427), que es una práctica habitual de los tribunales arbitrales solicitar a cada parte que pruebe los hechos en los que fundamenta su caso, con excepción de las afirmaciones obvias o notorias o que no requieran ser probadas.

hechos y la aplicación de la norma sustantiva que rige el caso, porque evitan que el tribunal decida indebidamente la causa aplicando la norma sustancial en una situación en la que no podría ser aplicada; y agrega que la carga de la prueba se constituye en un recurso para resolver la incertidumbre acerca de los hechos principales, pues si no se ha probado ese hecho principal, no se puede aplicar la norma sustantiva que asume ese tipo de hecho como una premisa fáctica, por consiguiente, las pretensiones basadas en ese hecho y en la aplicación de esa regla deben ser rechazadas por el tribunal, y adiciona el recordado maestro, que en términos generales este principio es común a todos los sistemas procesales.

La novena y última regla, para el caso de que las partes no hayan dispuesto algo en contrario en el arbitraje, debe permitir la exposición razonada de todo el procedimiento desarrollado. Esto es la exposición de cada uno de los pasos a través de un razonamiento lógico, que permite justificar la certeza a la que ha accedido respecto a los hechos en que se sustenta una determinada relación jurídica, aspecto que le permitirá aquí también analizar la conducta de las partes que puede corroborar el acceso a la verdad que se reconstruyó en el proceso.

De tal forma en esta última regla se expondrá el desarrollo de la investigación realizada y las conclusiones a las que se llegó sobre el conflicto, narrando todo ello de modo que el relato demuestre la certeza que se adquirió a través de un procedimiento racional y controlable, que está libre de error o de vicio y permite la motivación necesaria del laudo con sentido epistémico.

La lógica —señala Falcón (2009, p. 688)— es la que preside todo el sistema de las reglas de la sana crítica, como un marco generador al cual corresponde proponerle, por un lado, las reglas de correspondencia adecuadas con la realidad; y por otro, como articulación genérica en el desenvolvimiento de los juicios (tal sucede, específicamente en las presunciones). También se encuentra la lógica en un área más acotada a nuestros intereses en la argumentación.

No obstante ello, alguna línea de la doctrina interpreta que un análisis de esta índole sería como «pretender procesalizar la labor probatoria de los árbitros», pues discurre por los cauces de la motivación racional, el sentido común o la sana crítica, y se considera que ello entronca con un orden constitucional y, por ende, orden público en su vertiente procesal, razón por la cual se sostiene que una interpretación de esa índole equipara las causales de impugnación de sentencias con las del laudo y, por esa vía, se desnaturalizaría el arbitraje, so pretexto de sostener que el laudo es absurdo o ilógico (Loza, 2020).

Sin embargo, es necesario tener en cuenta, para un análisis de esta índole, que en un arbitraje —tanto doméstico como internacional— es necesario que se observe el derecho elegido por las partes para resolver el caso y su impacto en el caso, así como la tarea de los árbitros que consiste en evaluar la prueba rendida en una causa que — como fuera señalado— es esencialmente subjetiva, para lo cual tendrá una influencia fundamental la formación de los árbitros y sus pautas culturales.

De ello no puede inferirse ni una concepción «procesalista» para analizar la prueba, y aun si existiera, tampoco constituye una derivación lógica la interpretación que se hace con respecto a las causales de nulidad de un laudo, que como fuera expresado, lejos está de constituir una causal la valoración que se haya hecho sobre la prueba rendida en el proceso arbitral.

Conviene distinguir a esta altura que el procedimiento descripto no debe llevar a confusión cuando los árbitros deban resolver como amigables componedores, o conforme a equidad, o según su conciencia, o *ex aquo et bono*, o según su leal saber y entender, o a verdad sabida y buena fe guardada²³, frases todas que indican que no debe actuar como un árbitro de derecho, sino equitativamente, circunstancia que no lleva a la total desestimación de la normativa que esté involucrada, sino que más allá de que la puede aplicar, también la puede dejar de lado para arribar a una decisión más justa y apropiada para resolver el conflicto, que en general la doctrina reconoce como una morigeración de la normativa y que Barrios de Angelis (1956, p. 45) denominó «la dulcificación de la ley», a fin de evitar la dureza de su aplicación, cuando las circunstancias así lo exijan.

Ello en razón de que esa valoración que debe realizar el árbitro en la distinción que hace Ferrer Beltrán (2007, p. 41), sea el arbitraje derecho o de equidad, requiere que se distingan, por un lado, el conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión y, por otro, por la valoración concreta de esos elementos, para luego finalmente adoptar la decisión propiamente dicha.

Es decir que constituye un paso previo para adoptar la decisión que se estime corresponder para resolver el conflicto, la valoración previa de la prueba sobre cuya base luego se construirá la decisión final, y en su caso, si el tribunal debe actuar como amigable componedor, podrá adoptar alguna de las posturas como las señaladas a fin de arribar a un pronunciamiento más justo según las circunstancias del caso.

6. A MODO DE CONCLUSIONES

El arbitraje se caracteriza por su dinamismo, el cual se ve reflejado —entre otros aspectos— por la adaptación que hacen las instituciones especializadas al brindar ese servicio, que por ejemplo se refleja en los ajustes que periódicamente reciben sus reglamentos orgánicos.

No obstante, los afluentes que coadyuvan a la valoración de la prueba en un proceso arbitral pueden proceder de distinto tipo de fuentes, unas podrán ser legales, otras convencionales, pero siempre dependerá de la opción que las partes hayan ejercido, aunque lo cierto es que la remisión a sistemas del *soft law*, que en materia

²³ Señala Barrios de Angelis (1956, p. 44) que bajo esas distintas denominaciones a través de las cuales se trata de identificar la equidad desde el viejo derecho romano, pasando por el derecho francés, inglés y español, se le da sentido semejante a todas esas frases, como las que se señalan.

de arbitrajes internacionales cobra una preponderancia fundamental, son los lineamientos marcados por la Ley Modelo los que le dan una impronta muy particular a la valoración de las pruebas.

Esto hace que la remisión a la subjetividad resulte ineludible, como tarea a desplegar por los árbitros a esos fines, toda vez que las pautas culturales que conforman el criterio de un árbitro resultan un eslabón muy importante a tener en cuenta, de ahí la importancia de la elección del tribunal al tiempo de la conformación de la cláusula compromisoria.

Lo expuesto lleva a la necesidad de sostener que, frente a esta realidad de las prácticas, en una primera aproximación se pueda sostener que no existen estándares de prueba predeterminados en el arbitraje, toda vez que en general se deja librado a criterio del tribunal esa valoración.

Es aquí donde juegan esos factores —que si bien podrían considerarse como extralegales— tienen una influencia directa en estos aspectos. El principal es la formación de los árbitros. Ello obedece a que toda tarea de evaluación, como se ha señalado, siempre es una tarea subjetiva, de ahí que la búsqueda de parámetros que brinden transparencia persiga como fin la seguridad jurídica que debe emerger de todo proceso, lo cual hace que se mantenga con todo vigor el viejo adagio que señala que «el arbitraje vale por lo que valen sus árbitros».

Esa libertad que se da a los árbitros para decidir no puede interpretarse como una discrecionalidad absoluta, ya que para el caso de que las partes no hayan decidido nada en contrario, esa libertad apunta a una libre convicción de los árbitros pero debidamente motivada, de lo cual se desprende el tratamiento particular que hemos realizado con respecto a las reglas de la sana crítica, con cita de Falcón, que se ha encargado de hacer una interesante propuesta para desmenuzar y concretar esas reglas y mostrar así un procedimiento de actuación absolutamente racional, apoyado en las reglas de la lógica, y teniendo en cuenta un aspecto esencial en el arbitraje que en general se traduce en las máximas de experiencia del juzgador.

Esto es, la posibilidad de que las partes, al elegir a los árbitros, se sientan en la seguridad de que pueden contar con personas de suficiente experiencia para resolver su conflicto, y además con la integridad que les puede brindar su trayectoria en la materia.

Este aspecto es importante tenerlo en cuenta, porque se reitera que el árbitro no está imbuido de una absoluta discrecionalidad al tiempo de decidir cuando actúa como amigable componedor, pues las facetas en que se debe distinguir la función que desempeña un árbitro de equidad están representadas, por un lado, en la consideración del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión y, por otro, por la valoración concreta de esos elementos y, finalmente, por la adopción de la decisión propiamente dicha (Ferrer Beltrán, 2007, p. 41).

Y aquí aparece otro aspecto importante a tener en cuenta como otra de las conclusiones preliminares que pueden extraerse —como fuera señalado por la dinámica de esta materia— que radica en la importancia del derecho y la sede de un arbitraje.

En general las partes cuando pactan su cláusula compromisoria no siempre contemplan estos aspectos en forma precisa, por lo cual suele suceder que, por vías de hecho, se conforma la sede. En cuanto al derecho, salvo que se lo precise específicamente en la cláusula compromisoria, suele suceder lo mismo, por lo cual se delega en el tribunal esa función.

Por lo tanto, a los fines de extraer una conclusión con respecto a estos aspectos, es importante tener en cuenta que a través de la sede vamos a marcarle la nacionalidad al arbitraje²⁴, lo que implicará el sometimiento a una determinada legislación del país donde se asiente esa sede, circunstancia que cobra importancia a los fines de una eventual revisión del laudo, razón por la cual conviene tener en cuenta que resulta prácticamente imposible, salvo que excepcionalmente se haya incurrido en una manifiesta arbitrariedad al valorar la prueba, que se pretenda una impugnación, apuntando a un análisis en el ámbito judicial sobre la prueba rendida en la causa, toda vez que —como ha quedado señalado— esa tarea es de exclusiva incumbencia del tribunal arbitral.

Por lo tanto, desde el punto de vista de las circunstancias a ponderar para la valoración de la prueba en el arbitraje, más allá de las particularidades que puedan decidir las partes con relación al derecho, la sede o la forma en que va a actuar el tribunal designado, se puede sostener que por vía de principio no existen parámetros definidos de antemano para la valoración de los medios de prueba en el arbitraje, aunque por vía de excepción, en los hechos de la práctica arbitral, las referencia que se han señalado apuntan a la demostración de cuáles son algunos parámetros o pautas que se observan en la realidad.

BIBLIOGRAFIA

- Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2012). La actividad probatoria en el arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba. *Advocatus*, 26, 203-219.
- Barrios de Angelis, D. (1956). *El Juicio arbitral*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo.
- Barrios González, B. (2017). *Teoría de la sana crítica – Interpretación, valoración y argumentación de la prueba*. Ubijus.

²⁴ El art. 16.3 de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA, 2021) señala claramente como concepto de sede que no se trata de un lugar físico predeterminado, sino de un concepto jurídico, por lo cual «el Tribunal Arbitral podrá celebrar cualquier audiencia en cualquier lugar geográfico conveniente en consulta con las partes y celebrar sus deliberaciones en cualquier lugar geográfico de su elección; y si dicho(s) lugar(es) no fuera(n) la sede del arbitraje, el arbitraje será considerado, a todos los efectos, como un arbitraje llevado a cabo en la sede del arbitraje y cualquier orden o laudo se dictará en dicha sede».

- Calvo Caravaca, A. L. y Fernández De La Gandara, L. (1989). *El arbitraje comercial internacional*. Tecnos.
- Chase, O. (2011). *Derecho, cultura y ritual*. Marcial Pons.
- Cossio, C. (2002). *El Derecho en el Derecho judicial*. Librería El Foro.
- Couture, E. J. (1990). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (3ª edición). Depalma.
- De Trazegnies Granda, F. (2006). Lex Mercatoria rediviva: De la Edad Media a la Posmodernidad. *Revista Peruana de Arbitraje*, 3, 15-51.
- Devis Echandía, H. (2000). *Compendio de la prueba judicial, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso*. Rubinzal-Culzoni.
- Falcón, E. M. (2009). *Tratado de la prueba* (2ª edición actualizada). Astrea.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Ed. Marcial Pons.
- Gaillard, E. (2010). *Teoría jurídica del arbitraje internacional*. La Ley Paraguaya-Cedep.
- Gaillard, E. y Fernández Arroyo, D. P. (2013). *Cuestiones claves del arbitraje internacional*. Universidad del Rosario.
- Galgano, F. (2005). *La globalización en el espejo del Derecho*. Rubinzal-Culzoni.
- Lluch, X. A. (2012). La dosis de prueba: entre el common law y el civil law. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 173-200.
- Lorenzetti, R. L. (2006). *Teoría de la decisión judicial*. Rubinzal-Culzoni.
- Loza, J. M. (2020). La motivación de la prueba en el arbitraje local: énfasis en arbitrajes de construcción y la aplicación del art. 1332 del Código Civil. *Forseti. Revista de Derecho*, 8(12), 20-43.
- Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N. y Partasides, C. (2007). *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. La Ley.
- Talero Rueda, S. (2008). *Arbitraje comercial internacional*. Temis.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Temis
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.

Legislación y jurisprudencia

- American Arbitration Association [AAA] (2022). *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*. https://www.adr.org/sites/default/files/Commercial-Rules_Web.pdf
- Arbitration Act 1996. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>
- Argentina. Ley 17.454 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial n° 21308. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=16547>
- Argentina. Ley 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial n° 32985. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975>
- Argentina. Ley 27.449, Ley de arbitraje comercial internacional. Boletín Oficial n° 33919, p. 16. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm>
- Brasil. Ley n° 9307, de 23 de setembro de 1996, dispõe sobre a arbitragem. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm
- Cámara de Comercio Internacional [ICC] (2021). *Reglamento de arbitraje*. <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2024/02/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version-2.pdf>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones [ICSID] (1965). *Convenio CIA-DI, Reglamento y Reglas*. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>
- Colombia. Ley 1.563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48366>

- Colombia. Ley 1.564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/tramites_servicios/apostilla_legalizacion/ley_1564_de_2012_codigo_general_del_proceso.pdf
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI] (2008). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI] (2021). *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/21-07999_ebook_s.pdf
- Corte Internacional de Justicia (1945). *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/statute-of-the-international-court-of-justice>
- España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, núm. 7, de 8/01/2000). <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>
- España. Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional de la Administración General del Estado (BOE, núm. 121, 21/05/2011, p. 50797-50804). <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/05/20/11>
- España. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE, núm. 309, de 26/12/2003) <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/23/60/con>
- Hong Kong International Arbitration [HKIAC] (2024). *Administered Arbitration Rules*. https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/2024%20HKIAC%20ADMINISTERED%20ARBITRATION%20RULES%20-%20English.pdf
- International Bar Association [IBA] (2020). *IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration*. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>
- International Centre for Dispute Resolution [ICDR] (2021). *Procedimientos Internacionales de Resolución de Disputas*. https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR_Rules_Spanish.pdf
- London Court International Arbitration [LCIA] (2020). *LCIA Arbitration Rules 2020*. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx
- Perú. Decreto Legislativo n° 1071, que norma el arbitraje. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/377449/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf>
- Reglas de Praga (2018). <https://praguerules.com/upload/medialibrary/91c91c0846151802b375541460b34e6b663.pdf>
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (España) 7700/2015, de 9 de junio de 2015 [ECLI:ES:TSJ:M:2015:7700]. <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=14>
- Singapore International Arbitration Centre [SIAC] (2016). *Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre*. https://siac.org.sg/wp-content/uploads/2022/06/SIAC-Rules-2016-English_28-Feb-2017.pdf
- Suiza. Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC). <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/fr/quotes>

WHAT DOES IT MEAN TO BE «PLAUSIBLE»?*

Christian Dahlman
Lund University, Sweden
christian.dahlman@jur.lu.se

ABSTRACT: This article explores what «plausible» means in statements about legal evidence and shows that it is highly ambiguous. Twelve different meanings of «plausibility» are identified and distinguished from each other by definitions. Contrary to what has been claimed by some evidence scholars (Allen and Pardo, 2019), the article shows that all uses of «plausibility» can be captured in terms of probability. The author also shows that the exposed ambiguity is deeply problematic for legal practice and legal scholarship. The fundamental principle of justice that «like cases should be treated alike» is endangered when the standard of proof is expressed in an ambiguous way, and the scientific testability of hypotheses about legal fact-finding is undermined when these hypotheses are formulated in ambiguous terms.

KEYWORDS: plausibility, probability, evidence, ambiguity.

SUMMARY: 1. TALKING ABOUT «PLAUSIBILITY».— 2. TWELVE DIFFERENT MEANINGS.— 3. THE PROBLEMS WITH AMBUGUITY.— 4. CONCLUSIONS.— BIBLIOGRAPHY

* I am grateful to Federico Picinali for extensive comments on a previous version of this paper. Thanks also to Ron Allen, Jordi Ferrer Beltrán, Matilda Bergström, Roberta Colonna Dahlman, Anthony Duff, Constanza Ihnen, John Jackson, Hylke Jellema, Liat Levanon, Anne Ruth Mackor, Yvonne McDermott Rees, Florencia Rimoldi, Paul Roberts, Lewis Ross, Sarah Summers and Giovanni Tuzet.

1. TALKING ABOUT «PLAUSIBILITY»

This is a paper about a word that has been puzzling and bothering me for a long time. The word is «plausible», and what I have been trying to grasp is what it means exactly when it is used in statements about legal evidence. Assessments of legal evidence are often made in terms of plausibility, for example when a certain hypothesis is characterized as plausible or implausible, or when a certain explanation of the evidence is said to be more plausible than a competing explanation. As a lawyer working in the Swedish legal system, I often hear statements of this kind, and I sometimes make them myself. The term plausible is used frequently by all actors in the legal system. Litigators use it in briefs and oral arguments, expert witnesses use it in their reports and testimonies, and judges use it in their verdicts. The following two examples are taken from my personal experience in the Swedish legal system:

The only plausible explanation to how the bottle ended up in the small bag is that Henry H took it with the intention to keep it without paying for it [plaintiff's argument in a labor dispute] (AD, 1995-11-15, AD 137/1995)¹.

To grant a new trial, there needs to be a plausible explanation for why the witness has changed his testimony [Supreme Court verdict in a penal case] (HD, 2008-12-18, Ö 1208-06, NJA 2008 note 63)².

Academics also talk about legal evidence in terms of plausible and plausibility. Here are some examples from scholarly publications³:

If, after hearing all the evidence, a juror concludes that there is a plausible scenario consistent with innocence, then the juror should vote for acquittal (Allen, 1991, p. 413)

That is what sometimes happens when a defendant who first invokes his right to remain silent and only much later, having knowledge of all the evidence presents a more or less plausible scenario that more or less neatly explains the evidence (Mackor and van Koppen, 2021, p. 224)

I am worried that people do not mean the same thing when they talk about plausibility. Does a forensic scientist who says that a hypothesis is plausible mean the same thing as a judge who writes in a verdict that the hypothesis in question is plausible? Does Ronald Allen mean the same thing when he is talking about a plausible scenario as Anne Ruth Mackor and Peter van Koppen in the statements quoted above?

I sometimes hear myself using the word plausible and it always comes with the uneasy feeling that I do not know what exactly I mean by it, hoping that no-one will press me for a clarification. When I say that a hypothesis is plausible I convey that I have some degree of belief in the hypothesis, but what degree exactly? If it would be expressed in probabilistic terms, would it correspond to a probability in the range of 10-25%? Or rather a probability around 50%? Or a probability in the range of 75-

¹ My translation.

² My translation.

³ For some more examples, see Josephson (2001, p. 1642) or Bex and Walton (2012, p. 116).

90%? When I say that something is plausible I try to convey the mixed feeling that I have some reason for my belief, but I am not certain. So, what kind of uncertainty am I talking about, exactly?

Since plausibility is an important concept, one would expect to find helpful explanations and definitions in the international scientific literature on legal evidence, but this is not the case. Scholars have much to say on *what makes something plausible* («evidence makes a hypothesis plausible», «coherence makes an explanation plausible» *etcetera*)⁴, but they say very little on *what it means to be plausible*. This distinction is subtle but important. If you go through the literature on legal evidence in search of a precise definition of plausibility, you will be disappointed. I am well acquainted with the international literature on legal evidence and have not been able to find a definition anywhere. This absence is striking in comparison to other central concepts in evidence theory. It is particularly striking in comparison to the concept of probability. Scholars who talk about the assessment of legal evidence in terms of probability offer precise and quite technical definitions of what it means that something is more or less probable (Kadane and Schum, 1996, pp. 158-162; Aitken and Taroni, 2004, pp. 16-34; Robertson *et al.*, 2016, pp. 11-12; Fenton and Neil, 2018, pp. 87-99; Meester and Slooten, 2021, pp. 1-29). The talk about plausibility relies, instead, on some undefined intuition of what it means that something is plausible.

A prominent approach to legal evidence where the term plausibility plays a central role is the *Relative Plausibility Theory* developed by Ronald Allen and Michael Pardo (Allen, 1991; Allen, 2010; Allen and Pardo, 2019a; Allen and Pardo, 2019b). According to the relative plausibility theory, legal fact-finding is driven by explanatory reasoning. The legal system pushes the parties in a legal dispute to present competing explanations of the evidence, and the fact-finder assesses the plausibility of these explanations (Allen and Pardo, 2019b, p. 208). I will not go into this account of legal fact-finding in more detail, since the present paper is not about the claims of the relative plausibility theory. This paper is concerned with the meaning of the word plausible in statements about legal evidence, as they appear in the relative plausibility theory and other accounts of legal evidence that also use this word.

Allen and Pardo do not define what plausibility exactly stands for. That the relative plausibility theory lacks a definition of plausibility has been pointed out and criticized by many scholars, including David Schwartz and Elliot Sober (1997, p. 201)⁵. Allen (2010) has responded to this critique that plausibility does not need definition: «Identifying precisely what motivates choice is not necessary [...] «plausibility» can exist happily as an undefined primitive» (p. 12).

A possible reply from scholars who are pressed to define what they mean by plausible would be to say that it just means «probable». In that way, plausibility would

⁴ See, for example Allen (2017, pp. 139-140).

⁵ See also the critical comments on the relative plausibility theory by Alicia Carriquiry, Reid Hastie and Eivind Kolflaath (Allen and Carriquiry, 1997, p. 467; Hastie, 1997, p. 134; Kolflaath, 2019, p. 126).

simply piggyback on the definition of probability, but Allen and Pardo have rejected this escape route. According to Allen and Pardo (2019a, p. 21), plausibility is not synonymous with probability and cannot be reduced to probability. Unfortunately, they do not explain in what way plausibility is different from probability. This has been pointed out and criticized by Dale Nance (2016, p. 81).

Another important approach to legal evidence that frequently uses the term plausibility is the Dutch *Scenario Theory*, developed by Peter van Koppen, Willem Wagenaar, Hans Crombag and Anne Ruth Mackor (Wagenaar, *et al.*, 1993; van Koppen 2011; Mackor and van Koppen, 2021). Mackor (2023) has recently published an article in Dutch that presents an explication of the term plausibility in Dutch evidence law. This is a notable exception to the lack of definitions in the literature on legal evidence but has not yet been made available in English to a broader audience. According to Mackor, plausibility is different from probability since it also captures the dimension of robustness (p. 298). That something is plausible expresses a low confidence in the assessment, due to a lack of robustness. I will return to this definition in the next section.

The present investigation is not a critique of the relative plausibility theory or the scenario theory as such. It is a critique of the undefined use of plausibility in all approaches to legal evidence, including these theories. My inquiry in this article does not concern if the statements about legal evidence that use this word are appropriate and correct. It is only a critique of the undefined use of the word plausible.

Looking at the discourse on legal evidence, it seems to me that plausible is used in a multitude of different meanings. In the next section, I will identify and distinguish twelve different meanings of plausibility. Furthermore, I will show that each of these meanings can be precisely defined in terms of probability. This means that it is false that plausibility cannot be reduced to probability, as Allen and Pardo have suggested. On the contrary, there is nothing in plausibility that cannot be clearly captured in terms of probability.

In the third section of this article, I will highlight why the observed ambiguity is deeply problematic for legal practice and legal scholarship. As we shall see, the fundamental principle of justice that «like cases should be treated alike» is endangered when the standard of proof is expressed in an ambiguous way, and the scientific testability of hypotheses about legal fact-finding is undermined when these hypotheses are formulated in ambiguous terms.

2. TWELVE DIFFERENT MEANINGS

In my studies of reasoning about legal evidence, I have come across twelve different meanings of the term plausible. I will refer them as follows.

1. *plausible-as-possible*
2. *plausible-as-degree-of-probability*

3. *plausible-as-eligible*
4. *plausible-as-probable*
5. *plausible-as-front-runner*
6. *plausible-as-predictive*
7. *plausible-as-prima-facie-eligible*
8. *plausible-as-prima-facie-probable*
9. *plausible-as-prima-facie-front-runner*
10. *plausible-as-eligible-but-not-robust*
11. *plausible-as-probable-but-not-robust*
12. *plausible-as-frontrunner-but-not-robust*

In this section we will go through these different meanings one at a time, with examples from texts on legal evidence, and see what each of them means in probabilistic terms.

When a hypothesis (H) is said to be plausible in the sense of being *possible*, the statement means that given the evidence at hand (E), there is a probability greater than zero that the hypothesis is true. I call this use *plausible-as-possible*.

*plausible-as-possible*_{def} $P(H|E) > 0$

The following statement seems to be an example of *plausible-as-possible*⁶: «If a scenario holds that the same individual was in one place at noon and in another place 1000 km away at 12:30, the scenario can be dismissed as [...] implausible» (Mackor and van Koppen, 2021, p. 219).

Sometimes, plausibility is simply used as a synonym to probability. I call this use *plausible-as-degree-of-probability*. When plausibility is used in this way, degrees of probability are expressed by adverbs that modify the plausibility of the hypothesis, for example «slightly plausible», «somewhat plausible», «very plausible» or «highly plausible».

A different use of plausibility can be seen in statements where plausible stands for a specific degree of probability, or a specific interval on the probability scale. For example, in statements where plausible means that the probability of hypothesis is clearly above zero but smaller than fifty-fifty, or statements where plausible means that the probability is over fifty-fifty but considerably less than one. I call the former *plausible-as-eligible* and the latter *plausible-as-probable*.

*plausible-as-eligible*_{def} $0.5 > P(H|E) >> 0$

*plausible-as-probable*_{def} $1 >> P(H|E) > 0.5$

⁶ For a non-legal example, see Lombardi *et al.* (2016, p. 35).

Another use of plausibility can be observed in statements where the classification of the main hypothesis (H_m) as plausible means that it is the most probable hypothesis among the hypotheses considered. There is no alternative hypothesis (H_a) that is more or equally probable. I call this use *plausible-as-front-runner*.

$$\textit{plausible-as-front-runner}_{def} \quad \neg \exists (H_a) P(H_m|E) \leq P(H_a|E)$$

This use of plausibility is quite common and can be found in texts that deal with the so-called *bad lot problem*, where a hypothesis that is not particularly probable is classified as plausible because all the other alternative hypotheses under consideration are even less probable (Laudan, 2007, p. 298; Jellema, 2023, p. 123).

When plausible means possible, eligible or probable it refers to the probability of the hypothesis given the evidence, $P(H|E)$, but plausibility is sometimes used with regard to the inverted conditional probability of the evidence given the hypothesis, $P(E|H)$. This is known in statistics as the *likelihood* of the hypothesis and refers to the probability that we would see the evidence if the hypothesis at issue is true. A high probability means that the hypothesis is highly *predictive* of the evidence. I have therefore labeled it *plausible-as-predictive*. When plausibility is used in this way, it means that the observed evidence is what we expect to see in cases where the hypothesis is true.

$$\textit{plausible-as-predictive}_{def} \quad P(E|H) \approx 1$$

This meaning of plausibility is often what lawyers have in mind when they say that the hypothesis is a «plausible explanation» of the evidence. It should be noted that being plausible in this sense does not rule out that the alternative hypothesis ($\neg H$) is just as plausible, $P(E|\neg H) \approx 1$. Consider, for example, a case where a woman has been killed, the hypothesis-at-issue (H) is that her husband did it, the alternative hypothesis ($\neg H$) is that someone else killed her, and the evidence-at-hand (E) is that DNA matching the husband has been found on her clothes. This is what we expect to find if the husband is guilty, $P(E|H) \approx 1$, but it is also what we expect to find if someone else did it, $P(E|\neg H) \approx 1$. When a hypothesis is said to be a plausible explanation of the evidence in the sense of being predictive, it is perfectly possible that the alternative hypothesis is also plausible. Hylke Jellema (2023) makes this observation by distinguishing between «plausibility in an absolute sense» and «relative plausibility» (p. 114). If we are looking for evidence that supports the hypothesis-at-issue, we should look for evidence that is more predicted by it than by the alternative hypothesis, $P(E|H) > P(E|\neg H)$ ⁷. Scholars who use the term plausible sometimes say that the difference between plausibility and probability is that two competing hypotheses can

⁷ It should be noted that *plausible-as-predictive* is often used in the investigation phase of a criminal case. Police investigators routinely search for evidence that is predicted by their working hypothesis (Jellema, 2023, p. 117). This will often lead to evidence being found that increases the probability of the hypothesis, but in some case the evidence predicted by the hypothesis will be absent, which will decrease the probability of the hypothesis (Josephson, 2001, p. 1642).

both be plausible, but cannot both be probable (Rescher, 1976, p. 31). This description is a bit misleading. A better way of putting it is to say that two competing hypotheses can both be plausible in the sense of *plausible-as-predictive* but they cannot both be plausible in the sense of *plausible-as-probable*, so the observed difference is not a difference between the concepts of plausibility and probability, but actually a difference between different meanings of plausibility.

The six uses of plausibility that we have seen so far are open to any kinds and amounts of evidence, but plausibility is sometimes used in ways that say something about the information on which the assessment is based. This is due to the fact that this information often changes over time. In a criminal investigation, the information changes when new evidence is gathered. In a criminal trial, the fact-finder receives more and more information as the evidence is presented in court. An initial assessment is therefore based mainly on general background knowledge about the world (Bex and Walton, 2012, p. 117), and as more case specific evidence becomes available, the assessment is based more and more on this information and less on the general background knowledge. For example, in a criminal case where you initially only know that a woman has been found murdered in her home, you might say that it is plausible that the husband did it, based on your background knowledge of such cases (according to statistics, the most probable hypothesis when a woman is found murdered is that she was killed by her spouse). This *prima-facie* assessment might then change when you learn more about the case, as more and more case-specific evidence becomes available that either supports that the husband did it or speaks against it (forensic evidence, witness statements, etc.). To distinguish *prima-facie* assessments on the basis of general background knowledge (E_{pf}) from assessments that are based on more case specific information, plausible is sometimes used to signal the former. I call this *plausible-as-prima-facie*, and it can be added to *plausible-as-eligible*, *plausible-as-probable* and *plausible-as-front-runner* to create variants of these uses.

*plausible-as-prima-facie-eligible*_{def} $0.5 > P(H|E_{pf}) >> 0$

*plausible-as-prima-facie-probable*_{def} $1 >> P(H|E_{pf}) > 0.5$

*plausible-as-prima-facie-front-runner*_{def} $\neg \exists (H_a) P(H_m|E_{pf}) \leq P(H_a|E_{pf})$

Plausibility is used in this *prima-facie* sense by John Henry Wigmore (1904, p. 930) in his classical treatise on legal evidence, and *plausible-as-prima-facie-front-runner* has recently been employed by Hylke Jellema (2023) in his analysis of the *Simonshaven Case*⁸: «Husbands killing their wives being more common than madmen killing people establish that one explanation is more plausible than the other» (p. 120).

A related but slightly different use of plausibility can be found in statements stressing that the assessment is based on so limited evidence that it is not *robust*. The degree to which an assessment is robust depends on the amount of case specific evi-

⁸ See also Salmon (1970, p. 80).

dence on which it is based (and is sometimes referred to as «Keynesian weight»). That an assessment becomes more robust when more evidence is considered means that it becomes less likely that additional information would change the assessment (Dahlman and Nordgaard, 2022, pp. 137-140). In probabilistic terms, lack of robustness is a second-order probability (Dahlman and Nordgaard, 2022, pp. 147-148)⁹. It is the probability that the probability of hypothesis given the present evidence (E_0) would decrease if an additional investigation (i) would be conducted that would produce some further evidence (E_i). The use of plausibility to signal lack of robustness can be added to *plausible-as-eligible*, *plausible-as-probable* and *plausible-as-front-runner* to create variants of these meanings, as follows.

Plausible-as-eligible-but-not-robust means that the probability of the hypothesis is clearly above zero given the existing evidence but is not robust since there is a considerable risk that additional evidence could speak against the hypothesis and decrease its probability close to zero.

$$\begin{aligned} \textit{plausible-as-eligible-but-not-robust}_{def} \quad & 0.5 > P(H|E_0) >> 0 \\ & P[P(H|E_0, E_i) \approx 0] >> 0 \end{aligned}$$

Plausible-as-probable-but-not-robust means that the probability of the hypothesis is higher than fifty-fifty given the existing evidence but is subject to a considerable risk of being pushed below fifty-fifty by additional evidence.

$$\begin{aligned} \textit{plausible-as-probable-but-not-robust}_{def} \quad & 1 >> P(H|E_0) > 0.5 \\ & P[P(H|E_0, E_i) < 0.5] >> 0 \end{aligned}$$

Plausible-as-frontrunner-but-not-robust means that the main hypothesis is the most probable hypothesis given the existing evidence but not robust since further evidence could decrease its probability and make some alternative hypothesis more probable.

$$\begin{aligned} \textit{plausible-as-front-runner-but-not-robust}_{def} \quad & \neg \exists (H_a) P(H_m|E_0) \leq P(H_a|E_0) \\ & P[\exists (H_a) P(H_m|E_0, E_i) \leq P(H_a|E_0, E_i)] \\ & >> 0 \end{aligned}$$

Anne Ruth Mackor (2023, p. 298) claims that *plausible-as-frontrunner-but-not-robust* is the quintessential meaning of plausibility. According to Mackor, plausible signals a low confidence in the assessment, due to a lack of robustness¹⁰.

⁹ Some scholars who oppose a probabilistic approach to legal evidence have incorrectly claimed that robustness cannot be expressed in terms of probability (Cohen, 1986, p. 648; Stein, 2011, pp. 241-42; Haack, 2014, pp. 61-62). For a comprehensive probabilistic model of robustness, see Dahlman and Nordgaard (2022).

¹⁰ *Plausible-as-front-runner-but-not-robust* is typically used in the early stages of the fact-finding process, but can also appear in later stages, if there still is a lack of robustness (Mackor, 2023, p. 298).

These are the twelve different meanings of plausibility that I have been able to spot in the literature on legal evidence. I am not sure if the list is exhaustive. There may be further uses that I have not identified.

3. THE PROBLEMS WITH AMBIGUITY

That the use of plausibility in statements about legal evidence slides around between twelve different meanings is deeply problematic. A rational discourse requires that key terms are clear and precise (van Eemeren and Grotendorst, 1992, pp. 195-196). When a key term is ambiguous there is a constant risk that interlocutors will use it with different meanings, incorrectly believing that they refer to the same meaning. This effect of ambiguity is known as the problem of *pseudo-agreement* (Naess, 1966, pp. 83-96).

That an undefined use of plausibility can lead to pseudo-agreements and pseudo-disagreements is illustrated by Hylke Jellema's critique of Ronald Allen's account of the criminal standard of proof. Jellema applies the relative plausibility theory to a hypothetical murder case on a small unpopulated island. A man who was on the island when the murder took place becomes a suspect in the police investigation. Initially, he is considered unlikely to be the killer, due to a medical condition, but after a thorough investigation indicates that no one else had opportunity to kill the victim the police infer that it is highly probable that the man did it. Jellema says that although the hypothesis is highly probable it is an «implausible guilt explanation» and, therefore, concludes that the man would not be convicted if a standard of proof is applied that requires the hypothesis to be plausible. «The condition that the guilt explanation must be sufficiently plausible would sometimes lead to acquittal in cases where the defendant's guilt is highly probable» (Jellema, 2023, p. 125).

This is an absurd consequence, and it would be a strong argument against the relative plausibility theory if it had been a correct account of Allen's understanding of the standard of proof, but I seriously doubt that it is. I assume that Allen would say that the standard of proof is met in this hypothetical case since there is no plausible scenario where the defendant is innocent. Jellema and Allen are talking past each other, as they are using plausible in two different meanings. When Jellema observes that the hypothesis is implausible he talks about *plausible-as-prima-facie*, but the plausibility required by the criminal standard of proof according to Allen is not plausibility in this sense. Allen is talking about plausibility in some other sense, maybe *plausible-as-eligible*. This confusing exchange shows how ambiguous words create misunderstandings and obstruct a rational discourse.

As we have seen, statements that talk about legal evidence in terms of plausibility can be found in legal practice as well as in legal scholarship. Some of these statements are *normative* while others are *descriptive*. A statement in a legal verdict where the court assesses a hypothesis as plausible is an example of the former. A statement

where a legal scholar describes what courts do in terms of plausibility is an example of the latter. If the word plausible is used in a legal statute or verdict, the legal scholar is, off-course, constrained to use that word to quote the source in question, but in most of the cases when scholars use plausibility in descriptive statements they are not quoting any legal source, but rather trying to find a word that captures how the system works and how fact-finders think.

Ambiguity is problematic for the *rule of law* and the *principle of formal justice*. The demand that «like cases are treated alike» requires that legal norms are stated in a clear and unequivocal vocabulary (Dahlman, 2024, p. 124-126). If the standard of proof is expressed in ambiguous terms, there is a serious risk that different meanings will be attributed to it by different fact-finders. A standard of proof that instructs fact-finders to convict when the alternative hypothesis is implausible will, for example, be applied differently by a fact-finders who understands this along the lines of *plausible-as-eligible* than a fact-finder who instead understands it according to *plausible-as-front-runner*. Relying on an undefined notion of plausibility endangers the uniform application of the standard of proof that the *rule of law* and the *principle of formal justice* demands.

Ambiguity is also problematic in legal scholarship. Allen (2022) presents the relative plausibility theory as a project in «evidence science» (p. 34), but it is problematic to use an ambiguous term in the formulation of a scientific hypothesis. Scientific methodology requires that the terms used in a scientific hypothesis are clear and unambiguous. Otherwise, it will not be possible to test the hypothesis properly (Popper, 1959, p. 131). To test a hypothesis, data is gathered and checked against the hypothesis. Observations that agree with what the hypothesis predicts corroborate the hypothesis, while observations that do not fit speak against the hypothesis. The problem with a hypothesis that is formulated in an imprecise and equivocal way is that it becomes unclear and arbitrary whether observations should be classified as agreeing or not agreeing with the hypothesis. The test becomes a matter of subjective interpretation instead of objective fact-checking. A hypothesis that describes evidence assessment as a question of plausibility will agree, in one sense or the other, with legal practice, no matter what that practice is, and observations can therefore always be interpreted to «corroborate» the hypothesis.

4. CONCLUSIONS

In this article, I have explored how plausibility is used in the discourse on legal evidence, and I have exposed that it is extremely ambiguous. I have identified twelve different meanings of plausibility and defined each of them in terms of probability. There has been a debate among scholars on the relation between plausibility and probability (Walton, 2001, p. 149), where some have argued that the plausibility-approach to evidence is compatible with the probabilistic approach (Gelbach, 2019, p. 169), and others have claimed that plausibility cannot be reduced to probability (Allen and Pardo, 2019, p. 21). I have demonstrated in this article that each of the

twelve meanings of plausibility that I have identified can be reduced to probability, and captured more precisely in terms of probability.

I have also indicated why the exposed ambiguity is deeply problematic for legal practice as well as legal science. The fundamental principle of justice that «like cases should be treated alike» is endangered when the standard of proof is expressed in an ambiguous way, and the scientific testability of hypotheses about legal fact-finding is undermined when these hypotheses are formulated in ambiguous terms.

I hope that this article will be received as a call for developing a more precise vocabulary for the handling of legal evidence. The twelve meanings of plausibility that I have listed should not be seen as the end-product of this endeavor, only the beginning.

BIBLIOGRAPHY

- Aitken, C. and Taroni, F. (2004). *Statistics and the Evaluation of Evidence* (2nd ed.). Wiley.
- Allen, R. (1991). The Nature of Juridical Proof. *Cardozo Law Review*, 13, 373-422.
- Allen, R. (2010). No Plausible Alternative to a Plausible Story of Guilt as the Rule of Decision in Criminal Cases. In J. Cruz and L. Laudan (Eds.), *Proof and Standards of Proof in the Law*, Northwestern Public Law Research Paper, no. 10-27.
- Allen, R. (2017). The Nature of Juridical Proof—Probability as a Tool in Plausible Reasoning. *International Journal of Evidence and Proof*, 21, 133-142.
- Allen, R. (2022). New Directions for Evidence Science, Complex Adaptive Systems, and a Possible Unprovable Hypothesis about Human Flourishing. In J. Ferrer Beltrán and C. Vázquez (Eds.), *Evidential Legal Reasoning*. Cambridge University Press.
- Allen, R. and Carriquiry, A. (1997). Factual Ambiguity and a Theory of Evidence Reconsidered: A Dialogue Between a Statistician and a Law Professor. *Israel Law Review*, 31, 464-505.
- Allen, R. and Pardo, M. (2019a). Relative Plausibility and its Critics. *International Journal of Evidence and Proof*, 23, 5-59.
- Allen, R. and Pardo, M. (2019b). Clarifying Relative Plausibility: A Rejoinder. *International Journal of Evidence and Proof*, 23, 205-217.
- Bex, F. and Walton, D. (2012). Burdens and Standards of Proof for Inference to the Best Explanation: Three Case Studies. *Law, Probability and Risk*, 11, 113-133.
- Cohen, L. J. (1986). The Role of Evidential Weight in Criminal Proof. *Boston University Law Review*, 66, 635-650.
- Dahlman, C. (2024). The Virtue of Being Disagreeable. In E. Feteris, et. al. (Eds.), *Legal Argumentation: Reasoned Dissensus and Common Ground*, Boom.
- Dahlman, C. and Nordgaard, A. (2022). Information Economics in the Criminal Standard of Proof. *Law, Probability & Risk*, 21, 137-162.
- Fenton, N. and Neil, M. (2018). *Risk Assessment and Decision Analysis with Bayesian Networks* (2nd ed.). Chapman & Hall/CRC Press.
- Gelbach, J. (2019). It's all Relative: Explanationism and Probabilistic Evidence Theory. *International Journal of Evidence and Proof*, 23, 168-175.
- Haack, S. (2014). *Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law*. Cambridge University Press.
- Hastie, R. (2019). The Case for Relative Plausibility Theory: Promising but Insufficient. *International Journal of Evidence and Proof*, 23, 134-140.
- Jellema, H. (2013). *(Im)probable Storie: Combining Bayesian and Explanation-Based Accounts of Rational Criminal Proof*. PhD Thesis, University of Groningen.

- Josephson, J. (2001). On the Proof Dynamics of Inference to the Best Explanation. *Cardozo Law Review*, 22, 1621-1644.
- Kadane, J. and Schum, D. (1996). *A Probabilistic Analysis of the Sacco and Vanzetti Evidence*. Wiley.
- Kolflaath, E. (2019). Relative Plausibility and a Prescriptive Theory of Evidence Assessment. *International Journal of Evidence and Proof*, 23, 121-127.
- van Koppen, P. (2011). *Overtuigend Bewijs: Indammen van Rechterlijke Dwalingen*. Nieuw.
- Laudan, L. (2007). Strange Bedfellows: Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof. *International Journal of Evidence and Proof*, 11, 292-306.
- Lombardi, D., Nussbaum, E. and Sinatra, G. (2016). Plausibility Judgements in Conceptual Change and Epistemic Cognition. *Educational Psychologist*, 51, 35-56.
- Mackor, A. R. (2023). The Plausible, the Possible and the Probable: Filosofische kanteekeningen bij aannemelijkheid in relatie tot mogelijkheid en waarschijnlijkheid. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 5, 291-299.
- Mackor, A. R. and van Koppen, P. (2021). The Scenario Theory about Evidence in Criminal Law. In C. Dahlman, A. Stein and G. Tuzet (Eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Meester, R. and Slooten, K. (2021). *Probability and Forensic Evidence*. Cambridge University Press.
- Naess, A. (1966). *Communication and Argument*. Universitetsforlaget.
- Nance, D. (2016). *The Burdens of Proof: Discriminatory Power, Weight of Evidence, and the Tenacity of Belief*. Cambridge University Press.
- Pardo, M. and Allen, R. (2008). Juridical Proof and the Best Explanation. *Law and Philosophy*, 27, 223-268.
- Popper, K. (1959). *The Logic of Scientific Discovery*. Hutchinson.
- Rescher, N. (1976). *Plausible Reasoning: An Introduction to the Theory and Practice of Plausibilistic Inference*. Van Gorcum.
- Robertson, B., Vignaux, G. and Berger, C. (2016). *Interpreting Evidence* (2nd ed.). Wiley.
- Salmon, W. (1970). Bayes's Theorem and the History of Science. In R. Stuewer (Ed.), *Historical and Philosophical Perspectives of Science*. University of Minnesota Press.
- Schwartz, D. and Sober, E. (2019). What is Relative Plausibility? *International Journal of Evidence and Proof*, 23, 198-204.
- Stein, A. (2011). The Flawed Probabilistic Foundations of Law and Economics. *Northwestern University Law Review*, 105, 199-260.
- van Eemeren, F. and Grootendorst, R. (1992). *Argumentation, Communication and Fallacies: A Pragmatic-Dialectic Perspective*. Hillsdale.
- Wagenaar, A., van Koppen, P. and Crombag, H. (1993). *Anchored Narratives: The Psychology of Criminal Evidence*. St Martin's Press.
- Walton, D. (2001). Abductive, Presumptive and Plausible Arguments. *Informal Logic*, 21, 141-169.
- Wigmore, J. H. (1904). *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*. Little Brown.
- Cases and Legislation
- Arbetsdomstolen [AD] [Labor Court], 1995-11-15, A-73-1995, AD 137/1995. <https://lagen.nu/dom/ad/1995:137>
- Högsta domstolen [HD] [Supreme Court], 2008-12-18, Ö 1208-06. <https://lagen.nu/dom/njal/2008/not/63>

SESGOS IMPLÍCITOS, INJUSTICIA EXPLÍCITA. EFECTOS EPISTÉMICOS DE LOS SESGOS INCONSCIENTES EN EL RAZONAMIENTO PROBATORIO EN MÉXICO*

Héctor Alejandro Rodríguez Martínez

Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM
alejandrorodriguez_sophia@comunidad.unam.mx

RESUMEN: En este artículo se realiza un análisis epistemológico del impacto de los sesgos implícitos en el razonamiento probatorio en el contexto del derecho procesal penal mexicano. Se argumenta que estos sesgos afectan la justificación de las creencias, además de causar daños a individuos y a la sociedad, dificultando el logro de metas epistémicas del proceso, tales como la búsqueda de la verdad o el esclarecimiento de los hechos. Se sostiene que las personas juzgadoras son epistémicamente responsables por sus creencias implícitamente sesgadas, incluso si *i*) no tienen control directo sobre ellas, *ii*) su influencia es inconsciente y *iii*) no tienen acceso al conocimiento científico sobre los sesgos. Como ejemplo, se analiza la influencia de dichos sesgos en la valoración de la prueba testimonial según la jurisprudencia mexicana. También se proponen dos soluciones procesales para mitigar su impacto epistémicamente negativo.

PALABRAS CLAVE: sesgos implícitos, responsabilidad epistémica, derecho penal, razonamiento probatorio, prueba testimonial.

* Investigación realizada gracias al Programa UNAM-PAPIIT <IA400124>, Escepticismo y racionalidad. Agradezco a los Dres. Miguel Ángel Fernández, Santiago Echeverri y Andrés Páez, a las y los participantes de los seminarios de Estudiantes Asociados y de Epistemología del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, así como a las dos personas revisoras de este ensayo, por sus atinados y valiosos comentarios.

IMPLICIT BIASES, EXPLICIT INJUSTICE. EPISTEMIC EFFECTS OF UNCONSCIOUS BIASES IN EVIDENTIAL REASONING IN MEXICO

ABSTRACT: This article provides an epistemological analysis of the impact of implicit biases on evidentiary reasoning within the context of Mexican criminal law. It argues that these biases affect the justification of beliefs, causing harm to individuals and society, and hindering the achievement of epistemic goals of the process, such as the pursuit of truth or fact-finding. It posits that judges are epistemically responsible for their implicitly biased beliefs, even if *i*) they do not have direct control over them, *ii*) their influence is unconscious, and *iii*) they lack access to scientific knowledge about biases. As an example, the influence of these biases on the evaluation of testimonial evidence according to Mexican jurisprudence is analyzed. Two procedural solutions are also proposed to mitigate their negative epistemic effects.

KEYWORDS: implicit biases, epistemic responsibility, criminal law, evidentiary reasoning, testimonial evidence.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. SESGOS IMPLÍCITOS: 2.1. Cómo los sesgos implícitos pueden influir en el proceso de toma de decisiones. 2.2. Cómo pueden estos sesgos manifestarse en el proceso penal.— 3. BREVE PANORAMA DEL DERECHO PROCESAL PENAL EN MÉXICO: 3.1. Sesgos implícitos en la valoración de la prueba. 3.2. Sesgos implícitos y valoración de la prueba testimonial según la jurisprudencia mexicana. 3.3. Sesgos implícitos en el proceso penal: externalidades epistémicas negativas. 3.4. Sesgos implícitos en el proceso penal: entorno epistémico hostil.— 4. RESPONSABILIDAD EPISTÉMICA A NIVEL INDIVIDUAL Y ESTRUCTURAL.— 5. DOS SOLUCIONES PROCESALES.— 6. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho, como muchos otros ámbitos de nuestra vida social, ha sido testigo durante las últimas décadas de numerosos esfuerzos para entender y atender las múltiples formas en las que el género, la nacionalidad, la orientación sexual, la etnia, la edad, etc., configuran relaciones de poder que pueden dar lugar a interacciones injustas y discriminatorias. Gran parte de estos esfuerzos se ha centrado en combatir el uso de estereotipos, es decir, creencias generalizadas o preconcepciones sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir (Cook y Cusack, 2010). Esto se ha reflejado en diversos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, entre los que destaca la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), cuyo comité ha explicado, en la Recomendación General No. 25 del 18 de marzo de 2004, que los Estados parte tienen como una de sus tres obligaciones centrales:

Hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no solo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales (§. 4).

Aunque estos avances son positivos, hay un terreno relacionado pero muy poco explorado¹, especialmente en los sistemas jurídicos de la tradición llamada continental o *civil law*. Me refiero a los sesgos implícitos o inconscientes, que pueden contaminar nuestra percepción, razonamiento y toma de decisiones sin que seamos conscientes de ello, incluso y cuando nos esforzamos por evitarlos. Investigar sus efectos en el razonamiento probatorio es especialmente relevante porque pueden llevar a las personas juzgadoras a emitir fallos o resoluciones que no reflejan una valoración apropiada del acervo probatorio, aun cuando han identificado y excluido de su deliberación todos aquellos estereotipos explícitos o conscientes.

El objetivo general de este artículo es explorar el impacto epistémico de los sesgos implícitos en el razonamiento probatorio dentro del contexto del derecho procesal penal mexicano.

De manera específica, se argumentará que estos sesgos afectan la justificación de las creencias y generan daños a otras personas y a la sociedad en general, obstaculizando la consecución de las metas epistémicas propias del proceso penal (como la averiguación de la verdad o el esclarecimiento de los hechos). También se propone que las personas juzgadoras son epistémicamente responsables (aunque sin culpa) por la formación de creencias implícitamente sesgadas, aún y cuando *i)* no tengan control directo sobre ellas, *ii)* su influencia sea inconsciente y *iii)* no puedan tener acceso al conocimiento científico sobre dichos sesgos. Además, argumentaré que esta responsabilidad se fundamenta en la existencia de expectativas normativas relacionadas con prácticas sociales legítimas (en este caso, la práctica jurídica), y que permanece aunque la persona juzgadora no pueda por sí sola cambiar las características estructurales que le impiden cumplir con dichas expectativas.

En 2 presento una breve caracterización de los sesgos implícitos. En 2.1 analizo cómo estos sesgos pueden influir en la toma de decisiones. En 2.2 presento algunas formas en que el proceso penal puede verse contaminado por esta clase de sesgos. La sección 3 ofrece un panorama general acerca del sistema de justicia penal de corte acusatorio en México, mientras que en 3.1 se presentan las fases del razonamiento probatorio concebido como una empresa epistémica. En 3.2 describo los criterios jurisprudenciales en México para el caso de la valoración de la prueba testimonial con el objetivo de denunciar los efectos adversos que derivan de los sesgos implícitos. Las secciones 3.3 y 3.4 se concentran en los daños epistémicos que estos sesgos pueden causar en otras personas y la sociedad en general. La sección 4 está dedicada a determinar si las personas juzgadoras tienen algún tipo de responsabilidad *epistémica*

¹ Como excepciones, Páez y Matida (2023) y Páez y Arcila-Valenzuela (2023) han explorado la injusticia epistémica (de la cual los sesgos implícitos parecen ser una causa) y algunas de sus repercusiones en sistemas como el colombiano y el brasileño; además, Arena (2021) ha analizado algunas implicaciones de las investigaciones de los sesgos implícitos en la decisión judicial.

individual o estructural respecto de las creencias implícitamente sesgadas y en 5 se proponen dos soluciones procesales para disminuir el efecto negativo de estos sesgos. Por último, en la sección 6 se presentarán las conclusiones del artículo.

Antes de continuar, es necesario hacer tres precisiones. En primer lugar, este artículo analiza los *sesgos implícitos*, que son asociaciones inconscientes y automáticas que hacemos entre personas y características, basadas en su categoría social, y que no son accesibles vía introspección. Estos difieren de los *sesgos cognitivos*, que son esquemas de razonamiento predecibles que se desvían de los estándares de la racionalidad y que son independientes del contexto sociocultural. Además, los sesgos implícitos también se diferencian de los sesgos, estereotipos o prejuicios *explícitos*, que son creencias conscientes que una persona tiene contra otra persona o grupo, que son accesibles a través de la reflexión, y que pueden citarse de manera voluntaria. Aunque estos tres fenómenos pueden converger y relacionarse entre sí, el análisis de este texto se centrará exclusivamente en los sesgos implícitos o inconscientes.

En segundo lugar, a lo largo de este escrito haré referencia a diversos tipos de sesgos implícitos, como los relacionados con la pertenencia étnica, el género y la salud mental, entre otros, sin profundizar en sus particularidades y alternando entre ellos. Aunque es posible que tengan impactos diferenciados en nuestra cognición y toma de decisiones en función de su contenido (como sugieren FitzGerald *et al.* [2019] y Forscher *et al.* [2019]), la evidencia disponible hasta ahora, parte de la cual será resumida más adelante, muestra que estos sesgos comparten características comunes que son suficientes para realizar el estudio objeto de este artículo.

Por último, parte de la aportación de este ensayo al debate se relaciona con el tipo de normatividad que se analiza. Si bien es cierto que buena parte de los efectos de los sesgos implícitos en el proceso penal son de corte moral o pragmático (pues atentan contra la dignidad de las personas, o generan responsabilidad moral en quienes actúan sesgadamente), y que estos deben investigarse en profundidad, este estudio aborda únicamente la normatividad *epistémica*, es decir, aquella relacionada con la justificación de las creencias, su respaldo evidencial o racional, la fundamentación argumentada de un fallo o resolución, y las metas o fines epistémicos del proceso, tales como la verdad o el esclarecimiento de los hechos. Así, cuando me refiera a los «efectos» de los sesgos implícitos, a los «daños» o a la «responsabilidad» y «obligaciones» que estos generan, estaré haciendo alusión exclusivamente a efectos, daños, responsabilidad y obligaciones *epistémicos*, es decir, *efectos* que socavan la justificación de las creencias o que impiden la correcta valoración de la evidencia, *daños* que impiden que las personas ejerzan su agencia epistémica o reciban la credibilidad que merecen, *responsabilidad* por formar creencias que no se ajustan a la evidencia, o la *obligación* de contribuir a un cambio en la práctica jurídica que permita que el razonamiento probatorio y las decisiones judiciales no sean influenciadas por estos sesgos.

2. SESGOS IMPLÍCITOS

Entendamos los sesgos implícitos como estereotipos constituidos por asociaciones representacionales (es decir, como estados almacenados en la mente, con un contenido proposicional), con un componente afectivo (pues la evaluación afectiva que los constituye es clave para influir en el comportamiento y creencias), un componente comportamental (pues se manifiestan de múltiples maneras en nuestra cognición y nuestras acciones) y altamente sensibles al contexto (pues los estímulos, circunstancias externas y expectativas son elementos cruciales para explicarlos)². Tienen, además, las siguientes características:

1. Influyen de manera automática e inconsciente en nuestra percepción, juicios o comportamientos hacia determinadas personas en función de su pertenencia a un grupo social. Esta influencia es heterogénea (pues abarca desde indicadores de estrés e interpretación de estímulos ambiguos hasta ponderación de evidencia).

2. La fuerza de la relación entre los sesgos implícitos y el comportamiento es relativamente baja, pues no es posible predecir, con base en una única medición de sesgos implícitos, el comportamiento de una persona en particular en una sola ocasión, ya que el comportamiento es determinado por muchos factores. A nivel agregado, sin embargo, los sesgos implícitos suelen ser un buen predictor de comportamiento. Cuando se analizan a nivel colectivo, los sesgos implícitos son altamente estables y pueden ser útiles para predecir comportamientos discriminatorios colectivos.

3. El carácter «implícito» de estos sesgos suele entenderse en términos de que son inconscientes o inaccesibles al sujeto vía introspección. Sin embargo, hay al menos tres sentidos en los que esto puede ser interpretado. Según Gawronski y Bodenhausen (2006), estos sentidos son *i*) conciencia del *origen* de una actitud particular, *ii*) conciencia de la actitud misma (es decir, de su *contenido*), y *iii*) conciencia de la influencia o *impacto* que la actitud tiene en otros procesos y estados psicológicos. De estos tres sentidos, la falta de conciencia de *impacto* es un rasgo distintivo (y problemático) de los sesgos implícitos, ya que la evidencia indica que pueden influir en otros estados, procesos psicológicos y acciones (como la interpretación de comportamiento ambiguo, el tiempo de interacción verbal, la distancia espacial entre personas, o la ponderación de información) aun cuando los sujetos estén explícitamente motivados para controlar el impacto de sus sesgos. Más aún, estudios recientes (Duguid y Thomas-Hunt, 2015) han demostrado que crear conciencia y realizar capacitaciones que se centren en proporcionar información acerca de la existencia y ubicuidad de estos sesgos no solo no funciona para reducir su posesión y efectos, sino que incluso incrementa la tendencia a actuar de manera implícitamente sesgada.

Si bien es cierto que no es posible modificar nuestros sesgos inconscientes de manera directa, sí es posible ejercer un tipo de *control indirecto* sobre sus manifesta-

² Para una discusión detallada acerca de la caracterización de los sesgos implícitos, véase Johnson (2020).

ciones (no así sobre su posesión, que es virtualmente imposible de eliminar), pues podemos implementar estrategias prácticas de diversos tipos que a su vez disminuyen la influencia de dichos sesgos sobre nuestro juicio y acciones. Existen distintos tipos de estrategias con diversos grados de efectividad, tales como la toma de perspectiva, la implementación de intenciones, la exposición a contraestereotipos, etc.

En general, la *ambigüedad*, *discrecionalidad* y *falta de criterios de decisión claros* suelen ser elementos que propician la manifestación de los sesgos implícitos en las acciones y juicios. Una vez que se tiene clara la definición y naturaleza de estos sesgos, en los próximos apartados se describirá cómo influyen en la cognición y toma de decisiones, específicamente en el contexto de los procesos penales.

2.1. Cómo los sesgos implícitos pueden influir en el proceso de toma de decisiones

A continuación señalaré cuatro mecanismos a través de los cuáles los sesgos implícitos pueden afectar nuestras creencias:

Percepción Los efectos de los sesgos implícitos en la percepción han sido ampliamente documentados (Darley y Gross, 1983; Duncan, 1976; Gawronski *et al.*, 2003). Consisten en la percepción diferenciada dependiendo de la categoría social a la que pertenece la persona que se evalúa. Este fenómeno tiene muchas manifestaciones. Una de las más estudiadas es la interpretación sesgada de estímulos ambiguos. Payne *et al.* (2005) han documentado ampliamente el «sesgo del tirador», es decir, la tendencia a interpretar como armas objetos inofensivos cuando estos son portados por hombres afroamericanos en comparación con hombres blancos. En otro estudio, Wilson y Hugenberg (2017) muestran que las personas tenemos una tendencia a percibir a los hombres afrodescendientes jóvenes como más altos, musculosos, corpulentos y físicamente amenazantes en comparación con hombres blancos jóvenes. De manera similar, Goff *et al.* (2014) mostraron una tendencia a asignar a niños afrodescendientes y latinos una edad mayor y una mayor agresividad por acciones similares en comparación con niños blancos. Esta tendencia se correlaciona con sesgos implícitos de deshumanización (que asocian la categoría afrodescendiente a la de primates no humanos).

Memoria Los mecanismos relacionados con la memoria y su relación con la cognición social han sido ampliamente estudiados en el ámbito legal, especialmente al determinar la fiabilidad de los testigos. Sin embargo, uno de los estudios más interesantes en relación con la memoria y los sesgos raciales implícitos es el liderado por Levinson (2007). En él, mostró que los sujetos tienen más facilidad para recordar u olvidar acciones agresivas o factores agravantes o atenuantes según el perfil racial de quien las realiza (esto implica, por ejemplo, recordar quién dio el primer golpe a una riña, o quién actuó con violencia desproporcionada). Esto se debe, en parte, a que cuando las personas intentamos recuperar información, normalmente «llenamos» el contenido de las memorias a partir de expectativas e información con la que estamos

familiarizados, y muchas de estas expectativas suelen codificar estereotipos sociales. Esto trasciende la mera recuperación de recuerdos y puede generar la creación de memorias falsas, que persisten incluso a pesar de la deliberación.

Esencialización Pyun (2015) ha mostrado cómo es que el uso de cierto tipo de evidencia (en este caso neurogenética) para analizar la condición mental de las personas imputadas y determinar su capacidad mental, responsabilidad o susceptibilidad de tratamiento, provoca la manifestación de sesgos implícitos que relacionan las enfermedades mentales con una menor responsabilidad, con una mayor peligrosidad y con un pesimismo acerca de la posibilidad de un tratamiento. Esto, a su vez, influye en la decisión de apelar a factores atenuantes (como la disminución de responsabilidad) o agravantes (como la peligrosidad o riesgo de reincidencia) en decisiones como la pena de muerte. En otras palabras, el uso de esta evidencia para diagnosticar enfermedades mentales como la esquizofrenia provoca que las personas atribuyan menos responsabilidad al imputado por sus acciones, pero que le atribuyan mayor peligrosidad y riesgo inminente de reincidencia, y que consideren que ningún tratamiento será eficaz para abordar su trastorno. El autor propone que esto se debe a que la evidencia neurogenética provee al testigo no experto de una explicación biológica con una base material causal del comportamiento (el cerebro y los genes) que facilita la «esencialización», una tendencia natural a percibir categorías naturales y sociales como teniendo una naturaleza fundamental determinista que lleva a las personas a ser lo que son.

Ponderación Sesgada De Información Gawronski *et al.* (2020) han documentado ampliamente el mecanismo de ponderación sesgada de información (*biased weighing*). Este mecanismo consiste en que las personas analizan y evalúan la información de manera coherente con una actitud implícita previa. Más aún, la evidencia muestra que los sujetos «eligen» fragmentos de información específicos para realizar una justificación *post hoc* de sus decisiones, racionalizando sus preferencias intuitivas. En dicho estudio, dos comités de contratación simulados debían elegir entre un candidato hombre y una candidata mujer. Ambos perfiles contenían la misma información, pero de manera inversa (en un caso, el candidato tenía más experiencia académica pero menos laboral que la candidata, y en otro caso, el candidato tenía más experiencia laboral pero menos académica). En ambos casos, los comités simulados eligieron contratar al candidato hombre, incluso cuando se les pidió que deliberaran y fundamentaran su decisión (en cada caso el comité consideró que la experiencia en la que el candidato sobresalía era el tipo de experiencia más adecuada para la vacante). La hipótesis más aceptada al respecto consiste en que esto sucede debido a los amplios márgenes de discrecionalidad de las personas que toman decisiones, y a la falta de criterios claros preestablecidos acerca de qué tipo de evidencia debe prevalecer al ponderar la información (elementos ambos ubicuos en la actividad judicial).

En otro estudio, Levinson (2010) mostró a un jurado simulado una serie de fotografías con evidencia no decisiva de un crimen. Solo una de las fotografías variaba: en ella se mostraba una fotografía del asaltante armado (totalmente cubierto),

siendo visible únicamente una porción del antebrazo, ya sea de tez oscura o tez clara. Los miembros del jurado expuestos a la fotografía del antebrazo con tez oscura evaluaron la totalidad de la evidencia a favor de la culpabilidad en mayor medida y con mayor intensidad (recomendando condenas más severas) que el grupo expuesto a la fotografía del antebrazo con tez clara. Estos resultados se correlacionaron con los sesgos implícitos raciales de los sujetos. Maeder *et al.* (2016) descubrieron que los sesgos implícitos de género influyen en la evaluación de testimonio experto que involucra evidencia de ADN (especialmente cuando este se presenta de manera compleja por un hombre o por una mujer experta).

2.2. Cómo pueden estos sesgos manifestarse en el proceso penal.

Que los sesgos implícitos pueden manifestarse negativamente (en un sentido tanto moral como epistémico) dentro de las diversas etapas de un proceso jurisdiccional es algo que ya ha sido analizado previamente. Kang *et al.* (2012) analizaron detalladamente cómo los sesgos implícitos (raciales y de género) pueden incidir a lo largo de todo un procedimiento penal y civil en un sistema de justicia de tradición *common law*, como el estadounidense, afectando desde las detenciones policiales hasta las salidas alternas (por ejemplo, la figura del *plea bargaining*), la valoración de evidencia por parte del jurado y las decisiones judiciales, generando un trato desigual que se traduce en esquemas de discriminación estructural y afectando el acceso a la justicia a personas que pertenecen a grupos históricamente estigmatizados.

Aunque en México se están realizando investigaciones relevantes acerca de cómo los sesgos cognitivos pueden interferir en diversas etapas del proceso penal, y en específico del razonamiento probatorio y la decisión judicial (Vázquez, 2018), y tomando en cuenta los avances tanto filosóficos como legislativos para combatir los prejuicios, estereotipos o sesgos *explícitos* (la propia metodología para Juzgar con Perspectiva de Género desarrollada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la que se hablará más adelante es un ejemplo), lo cierto es que existe poco trabajo acerca de cómo los sesgos o estereotipos *implícitos* pueden influir a lo largo de un procedimiento y en el razonamiento probatorio en el contexto del derecho procesal penal mexicano. Este trabajo es una contribución en esa dirección.

A continuación, brindaré un contexto general sobre la figura de la persona juzgadora en el sistema de justicia penal mexicano, así como de las fases del razonamiento

³ Al emplearse una literatura anglosajona, las reflexiones que derivan de estos ejemplos se refieren al sistema del *criminal law*, que es diferente al derecho penal mexicano. Sin embargo, ello no es un impedimento para analizar las consecuencias de los sesgos implícitos en nuestra latitud por dos razones. En primer lugar, lo relevante de estos ejemplos son los efectos cognitivos y comportamentales de dichos sesgos, que son independientes del sistema de justicia penal que se trate. En segundo lugar, en la sección 3.2 se realizará un ejercicio de correlación de dichos efectos en el contexto de la valoración de la prueba según la jurisprudencia mexicana.

probatorio entendido como una actividad epistémica. Después, analizaré cómo la percepción, la memoria, la esencialización y la ponderación sesgada de información pueden tener consecuencias negativas dentro del razonamiento probatorio en nuestro sistema de justicia penal. Específicamente, me centraré en un tipo de consecuencias, a saber, la perpetración de daños epistémicos.

3. BREVE PANORAMA DEL DERECHO PROCESAL PENAL EN MÉXICO

Desde la reforma constitucional del sistema penal de 2008, en México se ha instaurado paulatinamente un sistema de justicia penal de corte acusatorio y oral regido por los principios de publicidad⁴, intermediación⁵, contradicción⁶, continuidad⁷ y concentración⁸. En este sistema, la figura de la persona juzgadora adquiere un papel central, pues en ella recae la responsabilidad de dirigir el debate, ser garante de los derechos fundamentales de las partes y emitir una sentencia. Para hacerlo, está obligada (por el principio de intermediación) a conocer de manera directa y presencial los medios de prueba presentados por las partes, a valorarlos y decidir en ese mismo momento, apoyándose únicamente en su conocimiento y en la información incorporada por las partes, y tiene el deber de motivar (justificar) su decisión por escrito, de manifestar el valor que otorgó a cada prueba producida, incluso a aquella que ha desestimado, y de presentar las razones que sirvieron para fundar la resolución, de tal modo que el razonamiento utilizado para llegar a su conclusión pueda ser reproducido, tal y como señala el artículo 402° del Código Nacional de Procedimientos Penales de México (05 de marzo de 2014, en adelante CNPP).

Otra característica fundamental de este sistema es la forma en que las personas juzgadas valoran el acervo probatorio presentado por las partes. Se trata del sistema de libre valoración de la prueba⁹, también conocido como el sistema de «la sana crítica»¹⁰; en él, no existen reglas preestablecidas por el legislador acerca del valor probatorio de los distintos medios de prueba, de modo que la persona juzgada

⁴ Señala que el procedimiento es público por regla y restringido por excepción.

⁵ Demanda que la persona juzgadora esté presente en la audiencia y perciba directamente la práctica de las pruebas.

⁶ Según el cual las partes tienen el protagonismo en el ofrecimiento de pruebas y someten toda la evidencia a refutación y contra argumentación.

⁷ Señala que las audiencias se llevarán de manera sucesiva y secuencial, salvo en casos excepcionales.

⁸ Consiste en realizar la máxima actividad del procedimiento en una sola audiencia, o en el menor número posible de ellas.

⁹ Este sistema se contrapone al sistema «tasado» de valoración de la prueba, que establece reglas para asignar valor a los medios de prueba.

¹⁰ A partir de la jurisprudencia, se pueden encontrar las siguientes definiciones:

— Sana crítica: «El adecuado entendimiento que implica la unión de la lógica y la experiencia, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento a través de procesos sensibles e intelectuales que lleven a la correcta apreciación de los hechos» JTCC, I.4o.C. J/22, agosto de 2006.

es libre para apreciarlos y asignarles valor, siempre y cuando ello sea conforme a la sana crítica, es decir, apegado a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Estos elementos buscan ser un límite al arbitrio de la persona juzgadora, de modo que su decisión no sea producto de su mera convicción o convencimiento, sino que tenga un constreñimiento racional y reproducible (justificable) y permita que las inferencias realizadas se construyan de modo coherente y estén sustentadas en una idea de razonabilidad.

Para continuar con este análisis, es importante concebir el proceso probatorio como una empresa epistémica. Para ello me apoyaré en los siguientes postulados de la concepción racional de la prueba¹¹, desarrollada por Ferrer Beltrán (2007):

1. La prueba se asume como corroboración suficiente, de modo que un hecho se considera probado si las pruebas disponibles le otorgan apoyo suficiente para ser aceptado (no creído)¹² como verdadero. De este modo, la justificación de una decisión se basa en el método de corroboración de hipótesis, no en la creencia de sujeto alguno.

2. El principio de inmediación (que exige la presencia de la persona juzgadora en el desahogo de la prueba) es adecuado para el análisis probatorio, pero no impide su control por parte de terceros no presentes en dicho momento procesal.

3. Una fuerte exigencia de motivación (o fundamentación escrita) de la decisión sobre los hechos (esta motivación pasa de ser una explicación a ser una auténtica justificación, un razonamiento fundado en los elementos de juicio disponibles).

4. Un sistema de recursos que ofrezca un amplio campo para la revisión y control de la decisión en instancias superiores (un control intersubjetivo que pueda identificar y corregir errores en la decisión de primera instancia).

— Máximas de la experiencia: «Normas de conocimiento general, que surgen de lo ocurrido habitualmente en múltiples casos y que por ello pueden aplicarse en todos los demás, de la misma especie, porque están fundadas en el saber común de la gente, dado por las vivencias y la experiencia social, en un lugar y en un momento determinados», TATCC IV.1o.P5 P (10a.), diciembre de 2012.

— Reglas de la lógica: «Una disciplina del saber o ciencia que tiene reglas y principios que son parte de la cultura general de la humanidad», TATCC, I.4o.A.40 K (10a.), octubre de 2018.

— Conocimiento científico: «El saber sistematizado, producto de un proceso de comprobación, y que por regla general es aportado en juicio por expertos en un sector específico del conocimiento», TATCC IV.1o.P5 P (10a.), diciembre de 2012.

¹¹ Que se opone a la concepción persuasiva de la prueba, según la cual el objetivo de la actividad probatoria es lograr la convicción de la persona juzgadora, es decir, que un hecho será probado en la medida en que la persona juzgadora sea persuadida de ello.

¹² Según esta concepción de la prueba, la actitud proposicional adecuada para analizar si un hecho se tiene por probado o no es la aceptación (estado mental consistente en tener o adoptar la política de usar p en el razonamiento en algunos o en todos los contextos) y no la creencia, vinculada a la concepción persuasiva de la prueba. Para una discusión detallada, véase Ferrer Beltrán (2007). Aunque me parece correcto que el enunciado «está probado que p » esté vinculado a la aceptación y no a la creencia, también es verdad que la indagación jurídica involucra distintos tipos de actitudes, algunas de las cuales son creencias, y cuyo análisis epistemológico es relevante para entender la actividad probatoria como una empresa epistémica, algo que se realizará a lo largo de este capítulo.

5. Un conjunto de elementos de juicio jamás permitirá alcanzar certezas, por lo que el razonamiento probatorio es siempre probabilístico.

6. Una relación teleológica entre prueba y verdad, siendo esta el objetivo de aquella.

Así entendida, la indagación jurídica en el proceso penal es una actividad epistémica que tiene como objetivo institucional la búsqueda de la verdad respecto de los hechos materia del juicio, y tanto el razonamiento probatorio en sus distintas etapas como la decisión final de la persona juzgadora son evaluables bajo los estándares de la epistemología, de modo que se puede determinar su estatus epistémico (justificación).

Bajo esta concepción, el proceso de averiguación de la verdad en el razonamiento probatorio tiene tres momentos (Ferrer Beltrán, 2022):

a. La conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión. En este momento, el objetivo de la averiguación de la verdad exige que el acervo probatorio sea lo más rico y fiable posible, pues ello maximizará la posibilidad de alcanzar la verdad. En el proceso judicial, este acervo se compone únicamente por las pruebas aportadas y admitidas en el proceso. Existen, en general, dos reglas de admisión de pruebas que tienen relevancia epistémica (y tienden a enriquecer en calidad y cantidad el acervo probatorio): el principio de libertad probatoria, que permite que los hechos aportados puedan ser probados por cualquier medio pertinente, y el principio de relevancia (una prueba es relevante si aporta apoyo o refutación de alguna hipótesis fáctica). Estos principios conviven con una serie de reglas de exclusión, entre las que destaca que no se admiten pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales (incluso si su valor epistémico es de altísima calidad).

b. La valoración del acervo probatorio. En nuestro sistema jurídico, la valoración de la prueba es libre en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminan el resultado de esa valoración. La operación consistente en juzgar el apoyo empírico del acervo probatorio debe respetar los criterios generales de la lógica y la racionalidad (también llamados «sana crítica» y «máximas de la experiencia»), de modo que el valor de la prueba queda al prudente arbitrio de la persona juzgadora. Para garantizar el control intersubjetivo de dicho arbitrio, las personas juzgadoras tienen la obligación de motivar su decisión por escrito, haciendo referencia a todas las pruebas valoradas. Según Ferrer Beltrán, este es el único momento del razonamiento probatorio en que la búsqueda de la verdad es el único objetivo sin que interactúen otros valores. Según González (2022), esta fase tiene dos momentos: la valoración individual de la prueba (consistente en la determinación de la fiabilidad, pertinencia y otros aspectos epistémicos de cada medio de prueba) y la valoración conjunta de la prueba (que consiste en *i*) la construcción de una inferencia probatoria, es decir, una hipótesis acerca de cómo ocurrieron los hechos que se enjuician y *ii*) la determinación del grado de solidez o corrección de dicha inferencia).

c. La adopción de la decisión. Después de otorgar a cada una de las hipótesis un grado de confirmación (que nunca será la certeza absoluta), la persona juzgadora decide si dicho grado de confirmación rebasa el umbral de exigencia probatoria para poder considerar como probada una hipótesis para este tipo de decisión en este tipo de procedimiento. Este umbral es también conocido como estándar de prueba (por ejemplo, el estándar de «duda razonable»).

Ahora bien, en la sección (2.1) de este artículo se mencionaron tres elementos que propician la manifestación cognitiva y conductual de los sesgos implícitos: discrecionalidad, ambigüedad y falta de criterios de decisión claros. Todos ellos confluyen en la actividad probatoria de la persona juzgadora. En primer lugar, los principios de

inmediación y oralidad (que son irrenunciables por razones que no abordaré en este escrito) ponen a la persona jugadora en contacto directo con quienes intervienen en el proceso (persona imputada, testigos, peritos, etc.), de modo que es ineludible que se exponga a las categorías sociales, disparadores de los sesgos. En segundo lugar, el sistema de libre valoración de la prueba (también irrenunciable, aunque perfectible, y preferible al sistema de prueba tasada) otorga a la persona juzgadora amplia discrecionalidad (especialmente ante la ambigüedad de conceptos como «reglas de la lógica» o «máximas de la experiencia») y además el propio sistema consiste en la falta de criterios de decisión claros, pues no existen reglas preestablecidas para decidir a favor de ciertos medios de prueba sobre otros o para asignarles determinado peso probatorio. Por último, debido a la naturaleza misma del proceso penal, especialmente regido por el principio de contradicción (también irrenunciable), los medios de prueba presentados en juicio oral (o los datos de prueba presentados en audiencia inicial) suelen ser ambiguos, complejos y contradictorios, por lo que suele ser poco claro cuál (o cuáles) hipótesis son apoyadas por la evidencia. Estas características del proceso penal generan el ambiente perfecto para la manifestación de sesgos implícitos.

Aunque los sesgos pueden influir en todas las etapas de la actividad probatoria (la conformación del acervo probatorio, su valoración y la toma de una decisión), a continuación discutiré únicamente cómo dichos sesgos pueden influir en la etapa de valoración del acervo probatorio. Esto es así por dos razones. En primer lugar, un análisis acerca de la influencia de los sesgos implícitos en toda la actividad probatoria requiere de una investigación que rebasa los alcances de este ensayo. En segundo lugar, los cuatro mecanismos analizados mediante los cuales los sesgos implícitos se manifiestan en las creencias de las personas (memoria, esencialización, percepción y ponderación sesgada de la información), suelen entenderse como mecanismos que afectan la forma en que las personas interpretamos y valoramos la información, de modo que su aplicación más natural en la indagación jurídica se encuentra en la etapa de valoración probatoria (lo que no excluye su análisis en las otras etapas de dicha indagación). Aunque discutiré los efectos de estos sesgos en la valoración de distintos tipos de prueba, tomaré como ejemplo más detallado el impacto en la valoración de la prueba *testimonial* según la jurisprudencia mexicana.

3.1. Sesgos implícitos en la valoración de la prueba

Los sesgos implícitos pueden influir en la percepción y memoria de un testigo que ha presenciado los hechos de manera directa, aun cuando otros factores de codificación¹³, como la iluminación, distancia y otros procesos perceptuales funcionen de manera apropiada y fiable. Así, influenciado por la percepción, el testigo puede percibir una acción como violenta solo en virtud de la categoría social de quien la

¹³ Para una exposición detallada sobre los factores de codificación de un testimonio, véase Vázquez (2022).

realiza, o ver como un arma algo que es un desarmador; o bien, bajo la influencia de la memoria (y tomando en cuenta que las pruebas testimoniales suelen practicarse mucho tiempo después de acontecidos los hechos), un testigo puede recordar solo el comportamiento agresivo de una persona (si pertenece a determinado grupo social) y no otras posibles acciones (de la misma persona o de otras) que pueden constituir información determinante para determinar si los hechos se encuadran o no en un tipo penal específico, por ejemplo, para determinar si existe una agresión real, actual o inminente por parte del agresor, o una provocación dolosa suficiente por parte del agredido, ambos elementos para justificar legítima defensa, como requiere el artículo 15 fracción IV del Código Penal Federal de México (en adelante CPF).

Además, bajo la ponderación sesgada de la información, los sesgos inconscientes pueden influir la manera en que la persona juzgadora pondera un testimonio desahogado en juicio, atribuyéndole mayor o menor confianza (credibilidad) de manera inconsciente, únicamente en virtud de su pertenencia a una categoría social, y a pesar de proveer una justificación *post hoc* razonable en la motivación de la sentencia. Este riesgo también podría extenderse a la valoración de la prueba pericial, incluso cuando las credenciales, los antecedentes, la independencia y la fiabilidad de los métodos y técnicas usados por el perito estén adecuadamente controlados¹⁴, e incluso cuando la evidencia presentada sea considerada de alta fiabilidad, como es el caso de la neurogenética (que además puede ser influenciada por la esencialización) o aquella que involucra ADN. Como se mencionó anteriormente, Maeder *et al.* (2016) mostraron que el género influye (implícitamente) la manera en que los jurados simulados valoran el testimonio experto en materia de ADN, y por tanto la probabilidad de que una persona imputada sea declarada culpable o inocente. Según este estudio, la influencia del género es directamente proporcional a la complejidad del testimonio: a mayor complejidad, mayor será la dependencia de la valoración relativa al género del perito.

Lo dicho en el párrafo anterior abona a un problema epistémico más general derivado del principio de intermediación en la práctica de la prueba que consiste en que este se convierte en una suerte de «posición privilegiada e insustituible que le permita al tribunal recibir señales emitidas que el declarante que le indica a él, y solo a él, si su declaración es veraz o no» (Vázquez y Fernández, 2022 p. 331), de tal modo que la forma en que el testigo declara (sonrojo, nerviosismo, tartamudeo) pueda usarse como razón para aumentar o restar credibilidad a lo atestado, lo cual ha sido refutado por la psicología del testimonio. Si bien es cierto que esto puede ser relativamente controlado a través de la motivación escrita (si aparece como una premisa del razonamiento presentado por la persona juzgadora), ello solo funciona cuando la persona juzgadora asume conscientemente esa posición privilegiada y usa esas señales como razones para su deliberación (solo así puede ser descubierta a través del análisis de la motivación escrita). Sin embargo, los sesgos implícitos pueden provocar que la categoría social del testigo o perito sea relevante en la ponderación de su testimonio, de

¹⁴ Para un análisis más detallado de los elementos que deben controlarse para una valoración epistémicamente adecuada de la prueba testifical y pericial, véase Vázquez y Fernández (2022).

manera inconsciente, afectando así el valor probatorio asignado, y siendo imposible de controlar a través de la motivación escrita de la sentencia.

Además de la prueba testimonial y pericial, podemos pensar en evidencia documental, como fotografías o videgrabaciones presentadas en juicio que suelen ser visualmente ambiguas y difíciles de interpretar, lo que facilita la aparición de sesgos implícitos (sobre todo tomado en cuenta que en México esas pruebas suelen ser incorporadas a través de peritos en informática o criminalística, por ejemplo, lo que dispara también el riesgo epistémico discutido en el párrafo anterior).

Es importante hacer dos precisiones antes de continuar. En primer lugar, si bien es cierto que parte de esta evidencia no fue generada en contextos legales, no hay razón para creer que estos mecanismos no se activan en el caso del razonamiento judicial. Por ejemplo, en una encuesta realizada por Rachlinski y Johnson (2009), el 97 por 100 de los jueces se consideraron a sí mismos dentro del cuartil de la población cuyas decisiones no se ven afectadas por sesgos raciales. Uhlmann y Cohen (2007) mostraron, además, que cuando las personas se consideran a sí mismas objetivas o imparciales, su toma de decisiones (acerca, por ejemplo, de contratación laboral) tiende a ser aún más sesgada, a lo que debemos añadir el citado estudio de Duguid y Thomas-Hunt (2015), en el que se sugiere que crear conciencia sobre la existencia y funcionamiento de estos sesgos produce que los individuos se comporten (inconscientemente) de manera más prejuiciosa.

En segundo lugar, esta evidencia fue generada en sociedades y contextos legales anglosajones (en donde predomina el sistema legal conocido como *common law*), que tienen diferencias sustanciales con el derecho mexicano o latinoamericano en general (por ejemplo, la existencia de jurados). Sin embargo, tampoco hay razón para creer que las personas juzgadoras en México (o Latinoamérica) son inmunes a la manifestación de sesgos implícitos (pues estos han probado estar presentes en todas las poblaciones). Desafortunadamente, existe muy poca evidencia sobre este tema. Sin embargo, un estudio es relevante. Rengifo *et al.* (2019) demostraron en una observación aleatoria de audiencias en las ciudades colombianas de Bogotá y Cali que ciertos factores extralegales, como el origen étnico o racial de los procesados, están estadísticamente asociados con la variación en el trato procesal e imposición de la detención preventiva, además de criterios relacionados con la gravedad de los delitos y las condenas.

A continuación, tomaré como ejemplo un tipo de prueba en particular (la prueba testimonial) para mostrar de forma más detallada cómo estos sesgos pueden afectar la decisión judicial dadas las reglas procesales y jurisprudenciales de valoración probatoria en México. Dicho ejemplo sentará las bases para analizar los tipos de daño, responsabilidad y obligaciones que derivan de los sesgos implícitos y que pueden afectar tanto a las personas juzgadoras como a otras personas involucradas en el proceso.

3.2. Sesgos implícitos y valoración de la prueba testimonial según la jurisprudencia mexicana

¿Cómo debe valorarse la prueba testimonial según el sistema de valoración libre de la prueba y la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial? Durante 2006 y 2012 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN de ahora en adelante) y Tribunales Colegiados de Circuito (TCC de ahora en adelante) establecieron dos tesis aisladas y una jurisprudencial¹⁵ para valorar la prueba testimonial, resaltando cuatro elementos como indicadores de valor epistémico: 1) que la declaración sea precisa y sin dudas ni reticencias, en torno a hechos y circunstancias esenciales cuyo conocimiento y recuerdo se esperarían razonablemente de él, 2) que la declaración sea una expresión narrativa y espontánea, de modo que se lleve a cabo una exteriorización de la experiencia vivida por el testigo, 3) que los testigos coincidan tanto en lo esencial como en lo incidental del acto y 4) que conozcan por sí mismos los hechos sobre los que declaran y no por inducción ni referencia de otras personas. Como se verá en el siguiente párrafo, todos estos criterios son insensibles a la influencia de sesgos implícitos a partir de los mecanismos descritos en *memoria y percepción*.

Imaginemos un caso en el que una persona es imputada por el delito de lesiones en riña (arts. 299° y 297° del CPF). Este delito tiene un agravante denominado «ventaja» (art. 316° Fracción I del CPF). Según el citado ordenamiento hay ventaja, entre otras circunstancias, cuando el agresor es superior en fuerza física a la víctima. Supongamos que la persona imputada pertenece a un grupo estigmatizado (es, por ejemplo, un hombre afroamericano) y el acervo probatorio está constituido principalmente por una pluralidad de testigos. En un caso así, es posible que todos los testigos declaren de manera precisa y sin dudas ni reticencias los hechos materia de la acusación, que lo hagan de manera narrativa y espontánea, y que sus testimonios converjan en una interpretación que describa a la persona imputada como violenta, físicamente superior y como provocadora de la riña, todo ello en virtud de que, debido a la influencia de sesgos implícitos tal y como se señaló en *percepción y memoria*, les ha sido más fácil recordar la porción de los hechos en los que la persona imputada manifestó violencia, generando memorias falsas y estereotípicas que lo representan como más agresivo, corpulento y amenazante. Además, es posible que la persona juzgadora les asigne mayor credibilidad en comparación con un testigo aislado, perteneciente a una categoría social históricamente estigmatizada, aun cuando haya tenido mejores condiciones de codificación.

Peor aún, en 2012 TCC establecieron jurisprudencia para valorar la prueba testimonial cuando existe pluralidad de testigos, señalando que no se debe exigir que todos ellos declaren con la misma precisión y exactitud, pero que

¹⁵ TASCJN, 1a. CLXXXIX/2009, noviembre de 2009; JTCC, I.8o.C. J/24, junio de 2010; TATCC, XXVII.1o.(VIII Región) 9 P (10a.), septiembre de 2012.

Sí es exigible que los atestados no sean contradictorios en los acontecimientos. Por lo que si las contradicciones de los testimonios solo se refieren a datos circunstanciales y no al fondo de sus respectivas versiones, aquellas son intrascendentes y no restan valor probatorio a las declaraciones (JTCC, I.1o.P. J/21 (9a.), febrero de 2012).

Una pluralidad de testigos implícitamente sesgados podría fácilmente satisfacer este criterio precisamente porque todos ellos convergen en recordar los acontecimientos que les parecen más sobresalientes y que versan sobre «el fondo» de sus versiones (un incidente violento y amenazante), pero siempre de forma congruente con el estereotipo en cuestión. En un caso como el planteado, parece que lo más razonable para la persona juzgadora es, a la luz de la evidencia disponible para ella (una multitud de testimonios congruentes, narrativos y espontáneos) tomar los hechos como verdaderos (incluso si existe evidencia no testimonial que apoya la hipótesis de la inocencia de manera moderada) y suficientes para superar el umbral probatorio y emitir un fallo condenatorio. Esta es una muestra de cómo las reglas procesales generan una creencia razonable y basada en evidencia que, sin embargo, no promueve la averiguación de la verdad (suponiendo que la persona imputada así lo sea, generando así un falso positivo).

Además, una jurisprudencia por reiteración de criterios emitida por la Primera Sala de la SCJN en 2019 solo empeora este problema al relacionarlo con la mala interpretación del principio de intermediación señalado en la sección (3.1), según el cual este se entiende como una posición epistémica privilegiada. Al analizar el principio de intermediación como una herramienta metodológica para la formación de la prueba, la SCJN señala que esta pone a la persona juzgadora en las mejores condiciones posibles para percibir toda la información de las pruebas personales, de tal modo que puede:

constatar elementos que acompañan a las palabras del declarante, habilitados para transmitir y recibir de mejor manera el mensaje que se quiere entregar, como el manejo del tono, volumen o cadencia de la voz, pausas, titubeos, disposición del cuerpo, dirección de la mirada, muecas o sonrojo, que la doctrina denomina componentes paralingüísticos (JSCJN, 1a./J. 54/2019 (10a.), julio de 2019).

Esta jurisprudencia abre las puertas a que la percepción influenciada por sesgos implícitos module la interpretación o constatación de esos «componentes paralingüísticos», lo que, en lugar de poner a la persona juzgadora en una posición epistémicamente privilegiada la expone a la formación de creencias implícitamente sesgadas.

En febrero de 2022 un Tribunal Colegiado de Circuito estableció un criterio (tesis aislada) para valorar la prueba testimonial que implica un avance en la materia. En él, establece que:

En el actual sistema de justicia penal, la valoración de la prueba testimonial debe sujetarse a un modelo no presuntivista que conlleva no dar por sentada la veracidad de lo externado por la persona que declara, sino que su dicho deberá ser apreciado al tenor de los postulados de la psicología del testimonio (TATCC, (II Región)1o.5 P (11a.), febrero de 2022).

La citada disciplina señala que el relato de una persona puede estar influenciada por diversos factores que afectan la precisión del recuerdo y que, debido a su alta

posibilidad de fallo, el testimonio debe estar corroborado de manera periférica. Por tanto, si el Tribunal de Primera Instancia asume la veracidad del testimonio sin considerar estos elementos, el Tribunal de Alzada debe considerar que esto implica una insuficiente motivación de los hechos (es decir, una insuficiente justificación del fallo) y, por lo tanto, debe revocar la determinación impugnada y reponer la audiencia de juicio oral.

Lo anterior se basa en la idea de que la memoria no simplemente registra, sino que interpreta y reconstruye la realidad, un proceso que puede ser influenciado por varios factores. Según dicha tesis, estos factores pueden ser relacionados con el evento en sí, como las condiciones perceptivas, la naturaleza del evento, y la familiaridad y frecuencia del suceso; o con el testigo, como la edad, las *expectativas y estereotipos*, la ansiedad y la emoción, la implicación, el entrenamiento, y el uso de drogas. También pueden estar relacionados con la retención y recuperación de la memoria, como el paso del tiempo, la forma en que se toma la declaración, la recuperación múltiple del recuerdo, y las técnicas y falsas ayudas para la recuperación del recuerdo. Por lo tanto, según dicho criterio, debido a la multitud de factores que pueden influir en la precisión del recuerdo, la prueba testimonial debe ser considerada altamente falible y se requiere que esté corroborada periféricamente por otras pruebas.

Creo que esta tesis jurisprudencial entiende por «prejuicios o estereotipos» aquellos «prejuicios *explícitos*», es decir, creencias conscientes del testigo acerca de las personas involucradas. Incluso si las personas juzgadoras controlaran este factor, tal vez mediante un interrogatorio previo (en mi experiencia, no he presenciado ningún caso en que esto suceda y no existen reglas o sugerencias acerca de cómo hacerlo), los sesgos *implícitos* seguirían ocultos, manifestándose y afectando la declaración del testigo. Además, esta jurisprudencia es insensible al control de los sesgos implícitos poseídos por la persona juzgadora, lo que es epistémicamente problemático por las razones anteriormente aducidas.

Una posible aplicación de esta tesis jurisprudencial (suponiendo que abarca también los prejuicios *implícitos*), que podemos llamar *moderada*, y pensando en lo expuesto en *memoria y percepción*, consistiría en que en todos los casos en los que las testimoniales versen sobre hechos en los que están involucradas personas pertenecientes a grupos estigmatizados, la persona juzgadora debe otorgar valor reducido a dicha prueba. Si bien esta regla constituiría un avance epistémico para valorar los testimonios *como pruebas individuales*, pues reduciría la manifestación de sesgos implícitos, aún es posible que estos sesgos contaminen la fase de valoración de *la prueba en su conjunto*. Veamos por qué. Supongamos que, además de los testimonios, la persona juzgadora dispone de una prueba pericial en materia de neurogenética, que determina que el imputado tiene esquizofrenia a través del uso de imagenología y apelando a predisposiciones genéticas, y una videograbación en donde aparecen imágenes similares a las analizadas por Levinson (2010), en donde solo aparecen porciones del antebrazo (de tez oscura) de una persona totalmente cubierta (la probable responsable).

Supongamos también que la persona juzgadora cumple con las reglas procesales para valorar la prueba pericial (valora la aceptación por parte de la comunidad científica nacional o internacional de las técnicas utilizadas, el uso de estándares y normas vigentes, la posibilidad de error y el respaldo de las conclusiones empíricas al caso particular). Sin embargo, por la naturaleza de la evidencia en cuestión se activan sesgos implícitos en contra de padecimientos mentales que esencializan a la persona imputada y la asocian con la característica de peligrosidad y tendencia al crimen. En dicho caso, la evidencia pericial y las videograbaciones confirmarían los testimonios recabados (según los cuales la persona imputada actuó de manera violenta), y por tanto, al momento de valorar la evidencia en su conjunto y realizar la inferencia probatoria, la persona juzgadora considerará altamente corroborada la hipótesis de culpabilidad. Una vez más, las reglas procesales para valorar la evidencia no son conducentes al fin epistémico del proceso.

Otra posible aplicación de esa tesis sería interpretarla de una forma *radical*, es decir, anulando por completo el valor epistémico de las testimoniales que puedan facilitar la manifestación de sesgos implícitos, lo cual incluiría una enorme cantidad de casos, debido al riesgo que en materia penal implica cometer un error al ponderar la evidencia (como condenar a un inocente). Esta solución es inaceptable y contraintuitiva, pues en términos prácticos implica la eliminación de la prueba testimonial (y del testimonio en general), como fuente aceptable de conocimiento dentro de un proceso penal. Al menos en nuestro sistema de justicia penal, el desfile probatorio de una audiencia de juicio oral (o de una audiencia inicial) suele estar constituido principalmente por pruebas testimoniales y periciales.

Este ejercicio ha puesto en evidencia cómo los sesgos implícitos pueden obstaculizar las metas epistémicas del proceso penal, específicamente en lo que concierne a la valoración de la prueba individual y en su conjunto, ya que los criterios jurisprudenciales para hacerlo no consideran el riesgo epistémico de los sesgos implícitos, lo que puede llevar a una interpretación sesgada de los hechos, especialmente en casos en los que están involucradas personas de grupos estigmatizados. Ahora estamos en condiciones de dar cuerpo al argumento de este texto, analizando los tipos de efectos y daños epistémicos derivados de la influencia de estos sesgos en el razonamiento y la decisión judicial.

3.3. Sesgos implícitos en el proceso penal: externalidades epistémicas negativas

En primer lugar, creo que los sesgos implícitos pueden generar en el proceso penal lo que Goldberg (2020) llama «externalidades epistémicas negativas». En economía, una externalidad es aquella consecuencia de una actividad económica cuyo efecto recae en personas o empresas que no están directamente relacionadas con dicha actividad. Puede ser positiva (cuando aumenta el bienestar de quien la experimenta) o negativa (cuando lo afecta desfavorablemente). De manera análoga, una externalidad epistémica negativa se da cuando se cumplen las siguientes condiciones: «i) Un su-

jeto S está en el tipo de estado doxástico Δ ; *ii*) que S esté en Δ tiene consecuencias (prácticas y epistémicas) en sujetos distintos de S; *iii*) entre los afectados hay algunos sujetos que no están actualmente en Δ » (Goldberg, 2020, p. 375).

Que una persona juzgadora, teniendo una creencia implícitamente sesgada, genere consecuencias pragmáticas o morales negativas en otras personas está fuera de duda. El ejemplo más claro es la generación de falsos negativos (absolución de personas culpables) o falsos positivos (condena de personas inocentes) en sus fallos. Sin embargo, yo quisiera centrarme en aquellos casos en los que una externalidad epistémica genera consecuencias *epistémicas*, es decir, que empeoran la posición de la persona receptora de la externalidad respecto de un valor o meta epistémico.

Primero, los sesgos implícitos pueden provocar que se asigne, de manera injustificada, menor credibilidad a un testigo o perito solo en virtud de su pertenencia a un grupo social, por lo que pueden ser una causa de injusticia epistémica testimonial, fenómeno investigado a profundidad a partir de Fricker (2007) y que por tanto no desarrollaré ahora. En cambio, una externalidad epistémica negativa de esta atribución injusta de credibilidad consiste en que el testigo o perito en cuestión no tenga la oportunidad de *contribuir* a la averiguación de la verdad dentro del proceso o que, en caso de contribuir, lo hiciese de manera disminuida. Además de afectar a la persona que no recibe la credibilidad adecuada, esta externalidad también empeora la posición del proceso entero respecto del valor epistémico de alcanzar la verdad o el esclarecimiento de los hechos y, eventualmente, afecta los derechos de las partes.

Otra externalidad epistémica negativa de que una persona juzgadora tenga creencias implícitamente sesgadas está relacionada con la identificación y tratamiento procesal de las asimetrías de poder en un caso específico. Desde 2016, la SCJN estableció que las personas juzgadoras en todo el país tienen la obligación de

impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria (JSCJN, 1a./J. 22/2016 (10a.), abril de 2016).

En otras palabras, las personas juzgadoras deben juzgar con perspectiva de género en aquellos casos en los que el género se configure como un factor determinante en la toma de decisiones, pues constituye una condición de desigualdad que obliga a equilibrar el proceso para hacer efectivo el acceso a la justicia de las personas que participan en una controversia. Con el paso del tiempo, esta metodología jurisdiccional se ha ido ampliando y adaptando para proteger el acceso a la justicia de personas pertenecientes a grupos sociales que históricamente han visto obstaculizado su acceso a la justicia (en virtud del género, orientación sexual, origen étnico, edad, discapacidad, nacionalidad, estatus migratorio, etc.). En particular, a partir de la tesis recién citada, el Máximo Tribunal ha distinguido tres casos en los que esta metodología debe aplicarse:

1. Aquellos en los que se identifica o alega una situación de poder o asimetría basada en el género.

2. Casos en los que se detecta o denuncia un contexto de violencia, discriminación o vulnerabilidad derivada de esa categoría, y

3. Aquellos en los que, a pesar de no acreditarse una situación de poder o un contexto de violencia, se advierte la posibilidad de que exista un trato o impacto diferenciados basados en el género, lo cual muchas veces se expresa mediante estereotipos o roles de género implícitos en las normas y prácticas institucionales y sociales.

Respecto de su contenido, esta metodología jurisdiccional comprende las siguientes acciones por parte de la persona juzgadora:

a. Identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia;

b. Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de advertir las situaciones de desventaja provocadas por esta categoría;

c. Ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones, siempre que el material probatorio sea insuficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género;

d. Cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta;

e. Aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, y

f. Evitar la utilización de lenguaje basado en estereotipos o prejuicios y, a su vez, procurar el uso de lenguaje incluyente.

Ahora bien, según esta metodología, antes de analizar el fondo de la controversia, la persona juzgadora debe determinar si se encuentra frente a uno de los tres tipos de casos que se mencionaron anteriormente, para lo cual debe identificar si existe una situación de violencia, relación de poder o contexto de desigualdad estructural basados en el sexo, las funciones del género o la orientación sexual de las personas, y si el acervo probatorio no es suficiente para hacerlo, entonces también tiene la obligación de recabar las pruebas que sean necesarias para hacerlo.

Desafortunadamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce que «hasta el momento no existe una metodología consensuada en los precedentes judiciales para identificar este tipo de situaciones» (Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, 2020, p. 140). El citado protocolo ofrece cuatro criterios sobre el tipo de pruebas que son útiles para determinar la existencia de situaciones de poder y desequilibrio:

i. Recoger datos estadísticos en relación con el contenido el caso (por ejemplo, si se trata de un caso relacionado con el empleo, la persona juzgadora puede recoger estadísticas sobre la relación entre el número y el género de los empleados),

ii. Identificar si la controversia está relacionada con otro tipo de problemas sociales (por ejemplo, si el caso es sobre trabajo doméstico, que suele ser no remunerado y susceptible de esquemas de explotación),

iii. Identificar las condiciones de identidad de las partes involucradas en el caso (si se identifican como parte de alguna de las características constitucionalmente protegidas e históricamente marginadas tales como ser persona indígena, con discapacidad, afromexicano, etc.) e

iv. Identificar las relaciones previas entre las partes (relaciones de jerarquía laboral, o relaciones afectivas o profesionales, etc.).

Sin embargo, las personas juzgadoras tienen total discrecionalidad para determinar si existen o no tales condiciones en un caso concreto, así como para recabar las pruebas que consideren aptas para identificarlas (estos criterios son meramente orientativos y en ningún caso vinculantes). Esta es una deficiencia grave. Si la persona juzgadora no reconoce que existe una situación de desequilibrio por razones de género entre las partes, no podrá aplicar la metodología para juzgar con perspectiva de género a lo largo del proceso. Es posible que, debido al funcionamiento de sesgos (implícitos y explícitos), la persona juzgadora considere que las partes de un litigio están perfectamente equilibradas en relaciones de poder cuando en realidad no lo están.

Por ejemplo, una persona juzgadora puede ordenar verificar si existe una situación de asimetría entre las partes, descubriendo que en una controversia una mujer depende económicamente de su contraparte, que entre ellos existe además una relación afectiva y que, estadísticamente, el tipo de caso la coloca en una situación de posible vulnerabilidad (ella desempeña tareas del hogar). Sin embargo, debido a la influencia de sesgos implícitos a través de la ponderación sesgada de información, considera (forma la creencia implícitamente sesgada) que no hay evidencia suficiente para verificar una situación de desequilibrio y desigualdad, y por tanto tratará el caso sin perspectiva de género y sin recabar más pruebas para determinar si subyacen otros indicios de, por ejemplo, violencia económica. Esto nuevamente revela cómo la discrecionalidad y la falta de criterios claros de decisión promueven la manifestación de sesgos implícitos (en este caso, no solo hay una carencia acerca de cuáles son los tipos de evidencia que se deben utilizar para verificar dichas situaciones, sino que tampoco existe un estándar de prueba o un umbral a partir del cual una situación de asimetría de poder deba tenerse por probada).

La situación descrita en el párrafo anterior, además de ser una externalidad negativa por sus consecuencias pragmáticas (obstaculiza el acceso a la justicia de personas pertenecientes a ciertas categorías sociales), también lo es por sus consecuencias epistémicas, puesto que solo se tendrá un conocimiento superficial de los hechos (habrá ignorancia acerca de una dimensión importante de ellos, como lo son las dinámicas de poder que los explican) y la sentencia alcanzada no será capaz de brindar a las personas afectadas las herramientas conceptuales para comprender los hechos como hechos atravesados por relaciones de poder, lo que a su vez podría también inhibir la contribución epistémica de las víctimas al proceso (por ejemplo, si al notar que el análisis del caso no está tomando en cuenta asimetrías de poder en razón de género, la víctima decide no integrar al acervo probatorio sus declaraciones acerca de cómo experimentó esa desigualdad, por no considerarlo relevante).

3.4. Sesgos implícitos en el proceso penal: entorno epistémico hostil

La segunda manera en que los sesgos implícitos generan daño epistémico trasciende de lo individual y se relaciona con el entorno epistémico de quienes participan en el proceso. Nguyen (2023) define la epistemología hostil como «el estudio de las formas en que las características ambientales pueden explotar nuestras vulnerabilidades y debilidades cognitivas. Me refiero a “características ambientales” en un sentido bastante amplio: puede incluir otras personas, comunidades, prácticas culturales, estructuras institucionales y tecnologías» (p. 3). Según él, algunas de esas vulnerabilidades cognitivas son inevitables, parte esencial de nuestras vidas epistémicas. Una de ellas es el uso de heurísticas y «atajos» mentales, que nos permiten lidiar con un entorno que nos sobrepasa informativamente. Uno de estos atajos es, justamente, la categorización social automática que da lugar a los sesgos implícitos. Como ha quedado claro a lo largo de este escrito, durante las diversas etapas y fases del proceso penal, y dentro del razonamiento probatorio en particular, los sesgos implícitos son una vulnerabilidad cognitiva que es explotada por la presencia de discrecionalidad, ambigüedad y falta de criterios claros de decisión (entre otros elementos ambientales de la práctica jurídica); mientras no se controle su manifestación, las personas juzgadoras deberán tomar decisiones en un entorno epistémicamente hostil. A su vez, la toma de decisiones jurisdiccionales en dicho entorno puede dañar a otras personas involucradas en el proceso judicial.

Lo anterior es una muestra de que las nociones de «externalidad epistémica negativa» y «entorno epistémico hostil» no son inconexas, sino que se relacionan en varios sentidos. Por ejemplo, puede pensarse en el entorno epistémicamente hostil como el género y las externalidades epistémicas negativas como la especie. Es decir, que las externalidades epistémicas son casos o formas en los que el entorno epistémicamente hostil se manifiesta o materializa (un entorno epistémicamente hostil genera externalidades epistémicas negativas). También puede pensarse en estos conceptos como alimentándose mutuamente, es decir, mientras que un entorno epistémicamente hostil genera externalidades negativas, estas también contribuyen a aumentar la «toxicidad» epistémica de dicho entorno al obstaculizar sistemáticamente la consecución de metas epistémicas.

Recapitulando, en las dos últimas secciones argumenté que los sesgos implícitos pueden causar lo que Goldberg (2020) define como «externalidades epistémicas negativas» en el proceso penal, lo que resulta en consecuencias negativas tanto pragmáticas como epistémicas para las personas involucradas en el proceso judicial (víctimas directas o indirectas, personas imputadas, testigos, etc.). Los sesgos inconscientes pueden, por ejemplo, resultar en una asignación injustificada de menor credibilidad a un testigo o perito a causa de su pertenencia a un grupo social. Esto llevaría a una injusticia epistémica testimonial, en la que el testigo o perito no tiene la oportunidad de contribuir efectivamente a la averiguación de la verdad. Además, los sesgos implícitos pueden interferir con la identificación adecuada y el tratamiento procesal de las asimetrías de poder en un caso específico. También se argumentó que un entor-

no epistémicamente hostil, con la presencia de discrecionalidad, ambigüedad y falta de criterios claros de decisión, puede explotar las vulnerabilidades cognitivas de los participantes en el proceso penal (entre las que se encuentra el uso de heurísticas y sesgos, y provocar por tanto la toma de decisiones injustas y con un respaldo evidencial inadecuado). Esto puede resultar en un conocimiento superficial de los hechos y obstaculizar el acceso a la justicia para ciertos grupos sociales.

Habiendo analizado cómo la influencia de sesgos implícitos puede afectar la justificación de las creencias de una persona juzgadora durante la fase de valoración de pruebas del razonamiento probatorio, así como los daños que estos pueden causar, ahora hay una pregunta que se torna relevante: ¿tiene la persona juzgadora alguna responsabilidad *epistémica* respecto de sus creencias implícitamente sesgadas?

4. RESPONSABILIDAD EPISTÉMICA A NIVEL INDIVIDUAL Y ESTRUCTURAL

Respondiendo a la pregunta anterior, resulta controversial afirmar que una persona es responsable de formar creencias implícitamente sesgadas, así como de las consecuencias que ellas generan, por tres razones. En primer lugar, parece que no se cumplen las dos condiciones canónicas para atribuir responsabilidad, a saber, las condiciones de control y conciencia¹⁶. Como hemos visto, los sesgos implícitos funcionan de manera inconsciente (respecto de su impacto), y las personas no tenemos control directo sobre ellos o sus manifestaciones. En segundo lugar, el conocimiento acerca de la existencia y funcionamiento de los sesgos implícitos no es conocimiento común (aunque es cada vez más extendido), de modo que no parece razonable responsabilizar a las personas por algo acerca de lo cual no tienen conocimiento. En tercer lugar, el origen de los sesgos implícitos y su adquisición están completamente fuera de nuestro alcance: se adquieren por la exposición a un ambiente cultural que ha codificado estereotipos a lo largo de mucho tiempo; en otras palabras, se adquieren de manera completamente pasiva, lo cual se contrapone a la idea de que el ejercicio de la agencia es clave para atribuir responsabilidad. Esto genera la intuición defendida por Saul (2013), según la cual:

Debemos abandonar la idea de que todos los sesgos contra los grupos estigmatizados son censurables, porque una persona no debe ser culpada por un sesgo implícito del que es completamente inconsciente, que resulta únicamente del hecho de que viven en una cultura sexista (p. 55).

En el contexto de las personas juzgadoras en México las tres razones se cumplen¹⁷. Sin embargo, a continuación argumentaré que existe un sentido en el que es apro-

¹⁶ Según estas condiciones, solo podemos ser responsables de aquello sobre lo cual tenemos control, y de aquello que sabemos o de lo que somos conscientes. Para un análisis detallado, véase Rudy-Hiller (2018).

¹⁷ A pesar de que existe un protocolo de actuación judicial en materia de género, y a pesar de la jurisprudencia acerca de sesgos y estereotipos en la valoración probatoria, la gran mayoría de ello se

piado responsabilizar a las personas juzgadoras por la formación de creencias implícitamente sesgadas aun cuando estos tres elementos estén presentes. Este reproche es principalmente epistémico (tiene como objeto de atribución un defecto epistémico), pues consiste en que al evaluar la evidencia las personas juzgadoras *deberían haber sabido* que era probable que sus creencias estaban siendo afectadas por sesgos inconscientes, aún y cuando *i)* no tengan control directo sobre ellos, *ii)* no sepan que los tienen y que se están manifestando y *iii)* no tengan conocimiento acerca de la existencia y funcionamiento de dichos sesgos. Además, se trata de un tipo de responsabilización sin culpa.

Goldberg (2022) da un «giro social» a la normatividad epistémica, de tal modo que responsabilizar (*held accountable*) por sus creencias a una agente puede ser apropiado no solo en virtud de alguna obligación previa, o en virtud de algún rasgo de su voluntad (ambos elementos individualistas, referidos a la persona), sino en virtud de derechos (*entitlements*) o expectativas normativas que otros tienen respecto de ella, por el simple hecho de formar parte de una práctica social legítima (es decir, una práctica reconocida, con estándares conocidos y que no suele ser cuestionada). Para ilustrar este tipo de expectativas legítimas un ejemplo es útil. Imaginemos que en la comunidad de Ana, es práctica común que la basura sea recogida los miércoles, y que el servicio de recolección toma la basura de contenedores ubicados afuera de cada domicilio. Un martes en la noche, Ana deja la basura en un contenedor, pero el miércoles nadie la recolecta. Ana se enfada pues esperaba, dada la práctica prevaleciente, que su basura fuera recolectada.

En el ejemplo anterior, es evidente que Ana tenía una expectativa legítima. Se trata de una expectativa *normativa*, en contraste con una expectativa *predictiva*: incluso si ella sabe que el conductor del camión de recolección suele omitir aleatoriamente algunas colonias para brindar el servicio (lo que en un sentido predictivo significa que no puede esperar que su basura sea recolectada), ella sigue teniendo el derecho (*entitlement*) a esperar, en sentido normativo, que su basura sea recolectada.

Es evidente que en el quehacer jurisdiccional, que es una práctica socialmente legítima, la sociedad tiene, entre otras, la expectativa *normativa* de que las inferencias y deliberaciones de las personas juzgadoras se apeguen a los estándares de la epistemología y la racionalidad, y que estén controladas de todos aquellos factores que representan un riesgo epistémico, incluidos los sesgos implícitos (especialmente en materia penal, debido a la gravedad de las sanciones); esto es así aun cuando exista la expectativa *predictiva* de que ese no será el caso, porque no existen mecanismos institucionales para hacerlo. Estas expectativas se fundamentan en la importancia de la práctica y en su propia naturaleza, pues se trata de una actividad regulada explícitamente para seguir dichos estándares. La propia SCJN ha determinado, por ejemplo, que:

refiere a los sesgos explícitos, y hay poca o nula información disponible acerca de los sesgos implícitos y las estrategias para mitigar sus efectos.

La «imparcialidad personal» se presume de entrada y depende de la conducta de quien juzga respecto a un caso específico y de los sesgos, prejuicios personales o ideas preconcebidas en torno al asunto o quienes participan en él, centrándose en la capacidad de adoptar la distancia necesaria de un asunto sin sucumbir a influencias subjetivas (TASCJN, 1a. CCVIII/2018. diciembre de 2018).

Ahora bien, ¿en qué sentido son responsables las personas juzgadoras que violan dichas expectativas, pero lo hacen de manera inconsciente y no tienen el control necesario para solucionarlo? Es decir, cuando solo son vehículos de prejuicios culturales y sociales fuertemente arraigados. Lo anterior además pensando en los casos en los que no tienen acceso a la evidencia acerca de la existencia y funcionamiento de los sesgos implícitos, y no podrían tenerlo. Ahora argumentaré que las personas juzgadoras son responsables en el sentido de que «deberían haber sabido» (*should have known*) que sus creencias pueden ser implícitamente sesgadas.

Goldberg considera que los juicios de responsabilidad no siempre están dirigidos al sujeto que realiza la acción. Pensemos en el siguiente ejemplo:

Trabajadora Social

S es una trabajadora social con una carga de trabajo muy elevada, con más de ciento cincuenta casos, algo típico para el Departamento de Servicios Familiares (DSF) con pocos recursos en su estado. Sucede que uno de los niños de acogida que forma parte de la carga de casos de S sufre una muerte trágica, considerada prevenible. ¡La gente clama que S debería haber sabido que el niño estaba en grave riesgo! Pero cuando salen a la luz los hechos, queda claro que no había forma razonable en que S pudiera haber sabido esto, dada la manera en que el DSF se organiza con un presupuesto insuficiente. Y también queda claro que no había una reestructuración razonable del propio DFS, coherente con su nivel de financiación y la totalidad de sus responsabilidades, que hubiera hecho posible que S estuviera en una posición de saberlo (Goldberg, 2022, p. 166).

En este caso, el cargo (la crítica) según el cual S debió haber sabido es legítimo, pero no está dirigido directamente contra S, quien no está en posición de saber y que no tiene el control necesario para poder realizar el cambio estructural que causa el no cumplimiento de la expectativa legítima; pero tampoco está dirigido en contra de otra persona en específico, sino que se trata de una condena del sistema mismo, en palabras de Goldberg (2022):

Esta crítica permanece, al parecer, incluso si aceptamos que ninguna persona individual y ningún grupo particular de personas sea responsable de las características del sistema en virtud de las cuales es susceptible a esta crítica. Tampoco deberíamos pensar que al criticar el sistema de esta manera estamos cuestionando la legitimidad de las prácticas involucradas, o los estándares que utilizan. Por el contrario, las prácticas y estándares que constituyen nuestro sistema de bienestar infantil podrían ser en sí mismos perfectamente buenos; la crítica es, más bien, que son prácticamente imposibles de implementar dado el nivel actual de fondos o recursos (p.166).

De este modo, aunque el fenómeno «deberías haber sabido» la mayoría de las veces se dirige directamente a la persona cuya ignorancia genera el incumplimiento de la expectativa normativa, también existen casos en los que la crítica se dirige a otros o a un sistema o forma en que una práctica legítima está estructurada. Esto se debe a que muchas prácticas legítimas son imperfectas en su implementación y provocan que los sujetos que participan en ellas ignoren ciertas cosas que generan violaciones

a expectativas legítimas, lo que dirige la crítica a la forma en que el sistema está funcionando o a la forma en que la práctica está estructurada (aun cuando el sujeto que incumplió la expectativa no puede hacer nada al respecto).

Así, al responsabilizar a las personas juzgadoras porque *debían haber sabido y controlado* el impacto de los sesgos implícitos, lo que hacemos es denunciar la manera en que la práctica jurídica se está llevando a cabo, pues está diseñada y regulada de tal manera que se provocan violaciones sistemáticas a las expectativas normativas legítimas que la acompañan. Aunque este reproche no está dirigido a ninguna persona en particular (lo cual es razonable dado el origen y manifestación estructural de los sesgos implícitos) y no se trata de un cargo de culpabilidad (*blameworthiness*), sí genera obligaciones en todas las personas que forman parte de dicho sistema. Pero, ¿qué tipo de obligaciones genera en los individuos?

Creo que la respuesta a estas preguntas debe analizarse caso por caso, pues depende de la capacidad del individuo para suscitar un cambio en el sistema o implementación de la práctica en cuestión, y de los costos que eso implica. Seguramente existen casos extremos en los que el sistema es tan abrumadoramente hostil o la práctica está implementada de tal manera que el individuo puede hacer tan poco (o hacerlo tiene costos inaceptables) que parece poco razonable postular la existencia de obligaciones individuales. Además, dado que las personas no tienen el control individual de controlar los sesgos implícitos y sus efectos, nos encontramos ante lo que Fleisher y Šešelja (2023) llaman daño epistémico colectivo: «Un daño epistémico que solo puede ser prevenido mediante un esfuerzo conjunto de varios agentes individuales, en lugar de por cualquier individuo por sí solo» (p. 9).

Por lo tanto, cualesquiera que sean las obligaciones individuales generadas, deben ir encaminadas a una solución conjunta del problema, tomando en cuenta las capacidades, posibilidades y costos individuales para alcanzar dicha solución. Me parece que es tarea difícil individuar dichas obligaciones, pues dependen del rol institucional y del poder relativo de cada persona para incidir en la práctica en cuestión, y creo, como argumenta Fricker (2016), que no existe un algoritmo para determinar dichas obligaciones, lo que requiere un estudio caso por caso. Fleisher y Šešelja (2023), por ejemplo, señalan que esto genera el deber de unir fuerzas de tal modo que se genere un colectivo lo bastante organizado para realizar cambios institucionales que prevengan el daño epistémico colectivo. Fricker (2016), por su parte, cree que se genera la obligación individual de crear «agitaciones» que inspiren la implementación de respuestas colectivas al problema.

Afortunadamente, estas dificultades generales no deben ser resueltas de manera definitiva en este estudio del impacto de los sesgos implícitos en el razonamiento probatorio en México. Afortunadamente, también, creo que es posible individuar de manera relativamente fácil las obligaciones epistémicas de las personas juzgadoras respecto de la manifestación de sesgos implícitos, y determinar así el nivel de contribución que pueden tener para alcanzar una solución conjunta, pues sus atribuciones y facultades se encuentran explícitamente normadas en diversos instrumentos, tales

como las leyes orgánicas de los poderes judiciales locales o federales, o incluso las facultades y atribuciones de cuerpos colegiados como el Consejo de la Judicatura Federal, los Tribunales Superiores de Justicia o los Consejos de la Judicatura Locales. Esto es una ventaja respecto de otros dominios normativos, en los que las atribuciones y facultades de las agentes no están clara y explícitamente normadas. También resulta afortunado que el caso de las personas juzgadoras en México no es un caso extremo en el que el individuo puede hacer tan poco (o tiene que asumir costos tan inaceptables) que parece poco razonable postular la existencia de obligaciones individuales. Esto es así gracias a las amplias facultades de las personas juzgadoras.

Aunque realizar un análisis detallado de dichas atribuciones y facultades con el fin de individuar obligaciones específicas es una tarea que sobrepasa por mucho los alcances y objetivos de este ejercicio, resulta útil esbozar un ejemplo. Según la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de México vigente (en adelante LOPJ), el Tribunal Superior de Justicia tiene la facultad de solicitar la implementación permanente de cursos de capacitación y actualización de carácter jurisdiccional (art.37º), el Presidente de dicho Tribunal (que es un magistrado o magistrada) tiene la facultad de elaborar y difundir información estadística relevante (art. 41º), y las personas juzgadoras son titulares del juzgado, lo que las convierte en el superior jerárquico administrativo del resto del personal (art. 79º), además de estar obligadas a participar en programas que imparta el Instituto de Estudios Judiciales tendientes, entre otras cosas, a proporcionar y desarrollar técnicas de análisis, argumentación e interpretación que permitan valorar correctamente las pruebas y evidencias aportadas en los procedimientos (art. 274). Como puede verse, la capacidad de actuación de los individuos y cuerpos colegiados es amplia, y cuantas más atribuciones y facultades tengan las personas juzgadoras, más robustas serán las obligaciones epistémicas para lidiar con los efectos negativos de los sesgos implícitos a través de una solución estructural que tenga repercusiones en toda la práctica. Así, es razonable afirmar que en el caso de la Ciudad de México, las personas juzgadoras tienen la obligación de implementar las estrategias más eficaces para mitigar los efectos de los sesgos inconscientes, o de generar la información estadística necesaria para conocer la prevalencia de sesgos en los juzgados y los resultados asociados a su manifestación¹⁸.

Recapitulando, es discutible si una persona puede ser responsable de formar creencias sesgadas, debido a tres razones principales. Primero, los sesgos implícitos operan de manera inconsciente y están fuera del control directo del individuo. Segundo, el conocimiento sobre la existencia y funcionamiento de los sesgos implícitos no es generalizado en nuestro país. Tercero, los sesgos implícitos se adquieren a través de la exposición a un ambiente cultural, que está fuera del control individual. A pe-

¹⁸ Estas obligaciones de buscar e implementar una solución estructural permanecen aun cuando, en casos específicos en los que deban valorar pruebas y tomar decisiones, las personas juzgadoras no puedan cumplir con la expectativa normativa de hacerlo de una forma libre de sesgos, debido al estado actual de la práctica jurisdiccional (que es epistémicamente hostil). Gracias a una persona revisora anónima por presionar sobre este punto.

sar de ello, en esta sección se argumentó que en ciertos contextos, incluido el de las personas juzgadoras en México, es apropiado responsabilizarlas por la formación de creencias implícitamente sesgadas. Este reproche se basa en que, al evaluar evidencia, las personas juzgadoras deberían haber sabido que sus creencias podrían estar siendo influenciadas por sesgos implícitos. Esto es así debido a los derechos o expectativas normativas que otros tienen sobre ellos como parte de una práctica social legítima.

También se argumentó que en el sistema jurídico, se espera que las personas juzgadoras controlen cualquier factor que represente un riesgo epistémico para la toma de decisiones, incluyendo los sesgos implícitos. Siguiendo a Goldberg (2022), se sugiere que la crítica puede dirigirse al sistema en sí en lugar de a la persona. Por tanto, al responsabilizar a las personas juzgadoras por no controlar el impacto de los sesgos implícitos, se está en realidad criticando la forma en que se lleva a cabo la práctica jurisdiccional. Esto genera obligaciones para todas las personas que forman parte de dicho sistema, aunque la naturaleza exacta de estas obligaciones puede variar y requerir una solución colectiva, puesto que los individuos no pueden por sí solos resolver las consecuencias sistemáticas y agregadas de los sesgos implícitos.

Esta sección ha terminado de dar cuerpo al argumento central del texto: una vez que en los apartados anteriores se han mostrado los efectos negativos de los sesgos implícitos en el contexto de la valoración probatoria en materia penal en México, ahora se ha propuesto una forma de fundamentar la responsabilidad por su manifestación, así como las posibles obligaciones que de ello se derivan. Para finalizar el argumento, a continuación propondré dos posibles cambios procesales para mitigar el impacto epistémico de los sesgos implícitos.

5. DOS SOLUCIONES PROCESALES.

Debido a que resulta imposible saber si una creencia o una acción en un momento determinado es influenciada o no por sesgos implícitos, me parece que lo más razonable es controlar su impacto como un riesgo estadístico. Por ejemplo, después de valorar la evidencia en su conjunto, y al momento de determinar el grado de solidez o corroboración de la inferencia probatoria, la persona juzgadora puede incluir en dicha deliberación la probabilidad (relativa al caso concreto) de haber sido influenciada por sesgos implícitos. Para hacerlo, habría que analizar si el caso tiene características tales que hagan dicha manifestación más o menos probable, debido a la pertenencia de las partes o los intervinientes en el proceso a cierta categoría social, el tipo de evidencia presentada en el caso, los resultados de mediciones de sesgos implícitos en la persona juzgadora, etc. Para que este riesgo epistémico pueda ser determinado, es necesario destinar recursos a la generación de información estadística: pruebas de medición de sesgos implícitos, investigación sobre cuáles son las categorías y asociaciones implícitas más arraigadas en nuestra cultura, datos sobre la relación de sentencias absolutorias y condenatorias relativas a grupos sociales, etc.; es decir, producir un enorme corpus de evidencia acerca de cómo los sesgos implícitos

funcionan en el contexto institucional y geográfico mexicano (tal vez desagregado por región o por distrito judicial).

Esta solución podría tomar como ejemplo sistemas de evaluación de certeza de evidencia como los usados en la medicina basada en evidencia. La metodología GRADE (Clasificación de Recomendaciones, Evaluación, Desarrollo y Evaluación, por sus siglas en inglés), analizada detalladamente por Kirmayr *et al.* (2021), establece criterios unificados y transparentes para graduar la certeza de la evidencia y la fuerza de las recomendaciones. Según esta metodología, existen factores que aumentan la certeza de la evidencia y factores que la disminuyen, entre estos últimos se encuentra el riesgo de sesgos. Hoy en día contamos con suficiente información acerca de los factores que disparan la manifestación de sesgos implícitos, así como de su poder predictivo, de modo que es posible generar herramientas para determinar el riesgo de manifestación de sesgos inconscientes en un caso específico. Esto podría formar parte de una guía de práctica judicial, que

tendría el propósito de identificar, resumir y evaluar toda la evidencia psicológica disponible acerca de la aparición y prevención de sesgos asociados con cada tipo de prueba, al igual que las razones en términos de costo/beneficio que subyacen a las recomendaciones para el tratamiento procesal (Páez, 2021, p. 25).

Otra estrategia procesal para mitigar el efecto de estos sesgos podría consistir en el uso de *presunciones legales relativas*, es decir, aquellas a partir de las cuales se da por probado o verdadero un hecho o afirmación sin necesidad de que sea acreditado, pero que pueden ser *derrotadas* mediante la prueba del hecho contrario (asemejándose más a reglas de carga de la prueba que a presunciones en sentido estricto). Estas presunciones deben estar basadas en evidencia estadística y quedar sujetas a revisión legislativa o jurisprudencial constante. Por ejemplo, en relación con los cuatro criterios propuestos para que la persona juzgadora determine si un caso es del tipo que debe ser juzgado con perspectiva de género, analizados en la sección (8.1), para evitar la manifestación de sesgos implícitos se puede establecer una *presunción legal relativa* según la cual, en la presencia de al menos dos de estos criterios, la persona juzgadora debe *asumir* que existe una situación de desequilibrio entre las partes. Para establecer dicha presunción, es necesario que cuente con sustento estadístico, de tal modo que, por ejemplo, si el caso involucra a una mujer perteneciente a una población indígena, víctima de violencia doméstica por parte de su pareja, de la cual depende económicamente, y dada la situación actual de la sociedad en la que se desarrollan los hechos, entonces es muy probable que exista una situación de desequilibrio entre las partes, por lo que esta debe darse por hecho, aplicando la metodología para analizar y juzgar con perspectiva de género (pudiendo la contraparte derrotar dicha presunción). En otras palabras, asumir que en esos casos existe una situación de asimetría de poder entre las partes obligará a la persona juzgadora a analizar la evidencia utilizando la metodología para Juzgar con Perspectiva de Género, lo cual «emparejará» las desventajas, cuya realidad es estadísticamente presumible, sofisticando así la valoración de la prueba, sin violar el principio de contradicción.

Una solución similar ha sido utilizada en derecho civil. En jurisprudencia por reiteración de criterios, TCC determinaron que cuando una mujer demanda el pago de pensión compensatoria con el argumento de que se dedicó preponderantemente al trabajo del hogar y al cuidado y educación de sus hijos, se revierte la carga de la prueba al deudor alimentario (lo que funciona como una presunción legal relativa). Aunque la justificación de este criterio no apela a evidencia estadística, sí advierte que

Quando la mujer demanda el pago de una pensión argumentando que se dedicó preponderantemente al trabajo del hogar y al cuidado y educación de sus hijos, se presume que esa argumentación es cierta, ya que en México por la permanencia de roles de género, la mayoría de las mujeres se dedican principalmente a los quehaceres propios del hogar, así como al cuidado y educación de los hijos. De manera que corresponde al deudor alimentario demostrar que su pareja no desempeñó durante el tiempo que duró la relación dichas actividades domésticas (JTCC, VII.2o.C. J/2 C (11a.), marzo de 2023.).

Además de estar sustentadas en evidencia estadística, el tipo de presunciones que propongo deben estar sujetas a continua revisión, de modo que siempre reflejen realidades constantes de la sociedad o contextos en los que se aplican. De esta forma se reduce la discrecionalidad de las personas juzgadoras sin atentar contra el sistema de libre valoración de la prueba.

Recapitulando, para contrarrestar los sesgos implícitos en el juicio y la toma de decisiones, se sugiere tratar su impacto como un riesgo estadístico. Esto implica que, al examinar la evidencia y determinar la solidez de una inferencia probatoria, la persona juzgadora debe considerar la probabilidad de haber sido influenciada por sesgos implícitos. Para esto, es necesario analizar las características del caso y generar información estadística que incluya pruebas de medición de sesgos implícitos y datos sobre sentencias en relación a grupos sociales. Además, se sugiere el uso de presunciones legales relativas basadas en evidencia estadística y sujetas a revisión constante. Estas presunciones asumen como ciertos o probados hechos o afirmaciones, pero pueden ser desafiadas con pruebas contrarias (revocadas). Por ejemplo, en ciertos casos, se podría asumir que existe un desequilibrio entre las partes, lo que obligaría a la persona juzgadora a analizar la evidencia con perspectiva de género.

6. CONCLUSIONES.

En este escrito se realizó un análisis epistemológico para determinar cómo los sesgos implícitos pueden incidir de manera negativa en la toma de decisiones de las personas juzgadoras dentro del proceso penal mexicano, específicamente en el desarrollo del razonamiento probatorio y usando como ejemplo los criterios jurisprudenciales para valorar la prueba testimonial. Se argumentó que, a pesar de ser inconscientes y carecer los agentes de control directo sobre ellos, es apropiado generar atribuciones de responsabilidad por la formación de creencias implícitamente sesgadas, esto en virtud de los derechos o expectativas normativas que otros tienen sobre ellos como parte de una práctica social legítima. En cualquier sistema jurídico, se espera que

las personas juzgadoras sigan los estándares de la epistemología y la racionalidad y controlen cualquier factor que represente un riesgo epistémico, incluyendo los sesgos implícitos. Al responsabilizar a las personas juzgadoras por no controlar el impacto de los sesgos implícitos, se está en realidad criticando la forma en que se lleva a cabo la práctica jurisdiccional. Esto genera obligaciones para todas las personas que forman parte de dicho sistema, aunque la naturaleza exacta de estas obligaciones puede variar y requerir una solución colectiva, puesto que los individuos no pueden resolver por sí solos las consecuencias sistemáticas y agregadas de los sesgos implícitos. Además, se propone controlar su impacto como un riesgo estadístico, usar sistemas de evaluación de certeza de evidencia y aplicar presunciones legales relativas basadas en evidencia estadística.

BIBLIOGRAFÍA.

- Arena, F. (2021). Acerca de la relevancia de la investigación sobre sesgos implícitos para el control de la decisión judicial. En F. Arena, D. Moreno y P. Luque (Eds.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas* (pp. 157-185). Universidad Externado de Colombia.
- Cook, R. y Cusack, S. (2009). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. University of Pennsylvania Press.
- Darley, J. y Gross, P. (1983). A Hypothesis-confirming Bias in Labeling Effects. *Journal of Personality and Social Psychology*, 44(1), 20-33.
- Duguid, M. y Thomas-Hunt, M. (2015). Condoning Stereotyping? How Awareness of Stereotyping Prevalence Impacts Expression of Stereotypes. *Journal of Applied Psychology*, 100(2), 343-359.
- Duncan, B. L. (1976). Differential Social Perception and Attribution of Intergroup Violence: Testing the Lower Limits of Stereotyping of Blacks. *Journal of Personality and Social Psychology*, 34(4), 590-598.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2022). Los momentos de la actividad probatoria en el proceso. En J. Ferrer Beltrán (Coord.), *Manual de Razonamiento Probatorio* (pp. 47-75). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- FitzGerald, C., Martin, A., Berner, D. y Hurst, S. (2019). Interventions Designed to Reduce Implicit Prejudices and Implicit Stereotypes in Real World Contexts: A Systematic Review. *BMC Psychology*, 7(1), 29.
- Fleisher, W. y Šešelja, D. (2023). Responsibility for Collective Epistemic Harms. *Philosophy of Science*, 90 (1), 1-20.
- Forscher, P., Lai, C., Ast, J., Ebersole, C. y Herman, M. (2019). A Meta-Analysis of Procedures to Change Implicit Measures. *Journal of Personality and Social Psychology*, 117(3), 522-559.
- Fricker, M. (2007). *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press.
- Fricker, M. (2016). Fault and No-fault Responsibility for Implicit Prejudice—A Space for Epistemic Agent-regret. En M. Brady y M. Fricker (Eds.), *The Epistemic Life of Groups: Essays in the Epistemology of Collectives* (pp. 33-50). Oxford University Press.
- Gawronski, B. y Bodenhausen, G. (2006). Associative and Propositional Processes in Evaluation: An Integrative Review of Implicit and Explicit Attitude Change. *Psychological Bulletin*, 132(5), 692-731.
- Gawronski, B., Geschke, D., y Banse, R. (2003). Implicit Bias in Impression Formation: Associations Influence the Construal of Individuating Information. *European Journal of Social Psychology*, 33(5), 573-589.
- Gawronski, B., Ledgerwood, A. y Eastwick, P. (2020). Implicit Bias and Antidiscrimination Policy. *Policy Insights from the Behavioral and Brain Sciences*, 7(2), 99-106.

- Goff, A., Jackson, M., Lewis, B., Culotta, C. y DiTomasso, N. (2014). The Essence of Innocence: Consequences of Dehumanizing Black Children, *Journal of Personality and Social Psychology*, 106(44), 526-545.
- Goldberg, S. (2020). Social Epistemic Normativity: The Program. *Episteme*, 17(3), 364-383.
- Goldberg, S. (2022). *Foundations and Applications of Social Epistemology*. Oxford University Press.
- González, D. (2022). Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. En J. Ferrer Beltrán (Coord.), *Manual de Razonamiento Probatorio* (pp. 353-396). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Johnson, G. (2020). The Psychology of Bias: From Data to Theory. En E. Beeghly y A. Madva (Eds.), *An Introduction to Implicit Bias: Knowledge, Justice, and the Social Mind* (pp. 20-41). Routledge/Taylor & Francis Group.
- Kang, J., Bennett, M., Carvado, D., Casey, P., Dasgupta, N., Faigman, D., Godsil, R., Greenwald, A., Levinson, J. y Mnookin, J. (2012). Implicit Bias in the Courtroom. *UCLA Rev.*, 59(1), 1124-1186.
- Kirmayr, N., Quilodrán, C., Valente, B., Loezar, C., Garegnani, L. y Ariel, J. (2021). The GRADE Approach, Part 1: How to Assess the Certainty of the Evidence. *Medwave*, 21(2), 1-10.
- Levinson, J. (2007). Forgotten Racial Equality: Implicit Bias, Decision Making, and Misremembering. *Duke Law Journal*, 57(2), 345-424.
- Levinson, J. (2010). Different Shades of Bias: Skin Tone, Implicit Racial Bias, and Judgments of Ambiguous Evidence. *West Virginia Law Review*, 112, 307-350.
- Maeder, E., MacManus, L., McLaughlin, K., Yamamoto, S. y Stewart, H. (2016). Jurors' Perceptions of Scientific Testimony: The Role of Gender and Testimony Complexity in Trials Involving DNA Evidence. *Cogent Psychology*, 3(1), 1-14.
- Nguyen, T. (2023). Hostile Epistemology. *Social Philosophy Today*, 39, 9-32.
- Páez, A. (2021). Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales. En F. Arena, P. Luque y D. Moreno (Eds.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas* (pp. 189-221). Universidad Externado de Colombia.
- Páez, A. y Arcila-Valenzuela, M. (2023). Los problemas probatorios de la injusticia testimonial en el derecho. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (59)653, 199-228.
- Páez, A. y Matida, J. (2023). La injusticia epistémica en el proceso penal. *Milan Law Review*, 4(2), 114-136.
- Payne, B., Shimizu, Y. y Jacoby, L. (2015). Mental Control and Visual Illusions: Toward Explaining Race-biased Weapon misidentifications. *Journal of Experimental Social Psychology*, 41, 36-47.
- Pyun, J. (2015). When Neurogenetics Hurts: Examining the Use of Neuroscience and Genetic Evidence in Sentencing Decisions Through Implicit Bias. *California Law Review*, 103(4), 1019-1045.
- Rachlinski, J. y Johnson, S. (2009). Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges? *Cornell Law Faculty Publications*, 84(3), 1185-1246.
- Rengifo, A. F., Ávila, L., Gélvez, J. D., Ramírez, L., y Mora, P. (2019). Trato procesal y uso de la detención preventiva en una muestra de audiencias de control de garantías en Bogotá y Cali. *Cuadernos de Economía*, 38(77), 581-608.
- Rudy-Hiller, F. (2018). The Epistemic Condition for Moral Responsibility. En E. Zalta y U. Nodelman (Eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/moral-responsibility-epistemic/>
- Saul, J. (2013). Scepticism and Implicit Bias. *Disputatio*, 5(37), 243-263.
- Uhlmann, E. y Cohen, G. (2007). I Think It, Therefore It's True: Effects of Self-perceived Objectivity on Hiring Discrimination. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 104(2), 207-223.
- Vázquez, C. (2018). La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 48, 69-107.
- Vázquez, C. y Fernández, M. (2022). La valoración de la prueba I. La valoración individual de la prueba. En J. Ferrer Beltrán (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio* (pp. 289-345). Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Wilson, J. y Hugenberg, K. (2017). Racial Bias in Judgments of Physical Size and Formidability: From Size to Threat. *Journal of Personality and Social Psychology*, 113(1), 59-80.

Legislación y jurisprudencia

- Código Nacional de Procedimientos Penales (Diario Oficial de la Federación, última reforma 25-04-2023/México) <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>.
- Código Penal Federal (Diario Oficial de la Federación, última reforma 18-10-2023/México) <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPF.pdf>.
- Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), 1a./J. 54/2019 (10a.), julio de 2019, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020268>.
- Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), 1a./J. 22/2016 (10a.), abril de 2016, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2011430>.
- Jurisprudencia de Tribunales Colegiados de Circuito (México), I.4o.C. J/22, agosto de 2006, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/174352>.
- Jurisprudencia de Tribunales Colegiados de Circuito (México), I.1o.P. J/21 (9a.), febrero de 2012, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160272>.
- Jurisprudencia de Tribunales Colegiados de Circuito (México), I.8o.C. J/24, junio de 2010, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/164440>.
- Jurisprudencia de Tribunales Colegiados de Circuito (México), VII.2o.C. J/2 C (11a.), marzo de 2023, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2026170>.
- México. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de México (Gaceta Oficial de la Ciudad de México, 04 de mayo de 2018), <https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/31446ed4787e873ab79e6e7c54af8edb514a068b.pdf>.
- Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), noviembre de 2020. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>
- Recomendación General No. 25 del Comité de la CEDAW, de 18 de marzo de 2004, relativa al párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, sobre medidas especiales de carácter temporal.
- Tesis Aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), 1a. CLXXXIX/2009, noviembre de 2009, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165929>.
- Tesis Aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), 1a. CCVIII/2018 (10a.), diciembre de 2018, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018672>.
- Tesis Aislada de Tribunales Colegiados de Circuito (México), (II Región) 1o.5 P (11a.), febrero de 2022, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024156>.
- Tesis Aislada de Tribunales Colegiados de Circuito (México), I.4o.A.40 K (10a.), octubre de 2018, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018214>.
- Tesis Aislada de Tribunales Colegiados de Circuito (México), IV.1o.P5 P (10a.), diciembre de 2012, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2002373>.
- Tesis Aislada de Tribunales Colegiados de Circuito (México), XXVII.1o.(VIII Región) 9 P (10a.), septiembre de 2012, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2001730>.

CONJETURAS
Y REFUTACIONES

UNDERSTANDING AND PREVENTING TESTIMONIAL INJUSTICE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: A COMMENT ON FEDERICO PICINALI «EVIDENTIAL REASONING, TESTIMONIAL INJUSTICE AND THE FAIRNESS OF THE CRIMINAL TRIAL»

Abenaa Owusu-Bempah

LSE Law School

a.owusu-bempah@lse.ac.uk

ABSTRACT: Reflecting on Federico Picinali's arguments in «Evidential Reasoning, Testimonial Injustice and the Fairness of the Criminal Trial», this paper aims to further understanding of the scope and implications of epistemic injustice in criminal trials, and the problem of biased evidential reasoning more generally. It demonstrates how legal rules can result in dismissal or oversight of the defendant's stock of knowledge; offers support for Picinali's contention that testimonial injustice to defendants interferes with the right to a fair trial, while questioning whether the same can be said of testimonial injustice to complainants; and considers who can cause, and be a victim of, testimonial injustice. The paper goes on to evaluate Picinali's proposed measures to prevent testimonial injustice in evidential reasoning, while advocating for law reform to restrict the admissibility of rap music as evidence in criminal trials.

KEYWORDS: evidential reasoning, testimonial injustice, relevance, trial fairness, participation in criminal trials.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.— 2. INFERENCES FROM SILENCE: TESTIMONIAL INJUSTICE OR BAD LAW?— 3. TRIAL FAIRNESS.— 4. VICTIMS AND PERPETRATORS OF TESTIMONIAL INJUSTICE.— 5. PREVENTING TESTIMONIAL INJUSTICE.— BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCTION

Much of the scholarship on evidence law has neglected the social and cultural context of evidence, taking for granted that evidential and procedural rules are of neutral application and consequence. In particular, little has been said about the relationship between the law of evidence of England and Wales and culturally specific forms of evidence, or the way in which racial prejudice and institutional racism, widely acknowledged to exist in the criminal legal system¹, manifests in the assessment of evidence. Federico Picinali's paper, «Evidential Reasoning, Testimonial Injustice and the Fairness of the Criminal Trial», is, therefore, a welcome contribution to an emerging body of scholarship on discriminatory and oppressive evidential practices in the criminal process².

Picinali focuses on the unfairness of testimonial injustice in the assessment of the relevance and probative value of evidence. Drawing from the work of Fricker (2007), he explains that testimonial injustice (a form of epistemic injustice) is caused where, due to identity prejudice against a social group to which one of the parties in the proceedings belongs, evidence is assessed without considering the experience and stock of knowledge of this party (Picinali, 2024, p. 201). Consequently, the party's argument about the relevance and probative value of an item of evidence—an argument that relies on such stock of knowledge—receives a credibility deficit (p. 212). Picinali challenges the rationalist tradition of evidence scholarship, which seems to take for granted that assessments of relevance and probative value are purely factual matters and can be made on the available stock of knowledge about the common course of events. This perspective is oblivious to, or insufficiently interested in, the variability of the stock of knowledge across society. In challenging the rationalist tradition, Picinali seeks to develop a theoretical framework that is applicable beyond the case of racism (p. 204), arguing that the assessment of the relevance and probative value of an item of evidence is susceptible to an evaluation on moral grounds (such as fairness), rather than exclusively to evaluation on epistemic grounds (such as accuracy) (p. 203). Thus, where a participant in the proceedings suffers a credibility deficit due to identity prejudice, this can not only impact the outcome of the trial but also undermines the fairness of the trial, irrespective of the accuracy of evidential reasoning.

Picinali clarifies that the concept of testimonial injustice he presents includes pre-empted dismissals of a speaker's story, before they have communicated anything, and that testimonial injustice is concerned only with misjudgements of credibility due to identity prejudice (p. 211). Where there is a deliberate disregard of the distinctive experience of a party, this is an intentional dismissal or pre-empting of

¹ See, for example, Casey (2023); Monteith *et al.* (2022); Lammy (2017).

² See also, Gonzales Rose (2017, 2021); Simon-Kerr (2021); Owusu-Bempah (2022a).

testimony which, while harmful and a case of epistemic injustice, falls outside of the scope of testimonial injustice (p. 214).

I agree with the central thesis of the paper. While the occurrences and consequences of testimonial injustice are difficult, if not impossible, to quantify³, bias and prejudice can inform the assessment of evidence in criminal trials, with evidence being assessed from an inappropriate perspective. This can be unfair and render the trial unfair. In this response, I will not interrogate the notion of testimonial injustice or the theoretical basis of Picinali's central argument. Rather, I will probe some of his specific points and arguments and evaluate the proposed measures to prevent testimonial injustice in evidential reasoning, while advocating for law reform to restrict the admissibility of rap music as evidence in criminal trials. In doing so, I hope to help further our understanding of the scope and implications of epistemic injustice in criminal trials, and the problem of biased evidential reasoning more generally.

2. INFERENCES FROM SILENCE: TESTIMONIAL INJUSTICE OR BAD LAW?

Picinali (2024, p. 203) explains that testimonial injustice occurs where identity prejudice causes the adjudicator to give a deflated level of credibility to the speaker. He uses examples involving a negative identity prejudice, which «is essentially a spurious association between members of a social group and one or more negative attributes» (p. 210). But, where there is inappropriate reasoning with evidence, in at least some situations, the problem may lie with the law rather than the adjudicator's identity prejudice, as in the example of inferences from silence. In the two other main examples presented by Picinali, the adjudicator's identity prejudice is spelt out. In the case of rap lyrics, the adjudicator does not give appropriate consideration to the defendant rapper's perspective because «the generalisation linking violent lyrics to gang membership and physical violence resonates with their identity prejudice, which associates Black youth with street violence» (p. 216)⁴. In the case of rape myths, the identity prejudice against women, «boils down to a spurious association between members of the group and a negative attribute—precisely, lack of credibility on certain matters» (p.217). However, in the example of the young Black defendant who remained silent during police interview as a form of defiance and self-preservation, the nature of the identity prejudice against Black people and the causal connection between the prejudice and the deflated credibility judgment, is not articulated so explicitly. In this scenario, the legal framework is such that non-prejudicial oversight of the defendant's stock of knowledge, as opposed to testimonial injustice, could easily occur. This is because the law itself permits, if not encourages, silence to be used as evidence of guilt, raising concerns about adjudicators' lack of understand-

³ See Arcila-Valenzuela and Páez (2022).

⁴ See also Jalloh (2022).

ing of legitimate explanations for silence more generally⁵. Thus, an adjudicator's reasoning (that silence is associated with guilt) may stem from a broad, legally endorsed, generalisation that silent suspects have something to hide, rather than their prejudice towards a specific social group.

In particular, under section 34 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994, adverse inferences can be drawn from a defendant's reliance on a fact at trial which they unreasonably failed to mention to the police. As explained by the Court of Appeal, «the whole basis of section 34 [...] is an assumption that an innocent defendant—as distinct from one who is entitled to require the prosecution to prove its case—would give an early explanation to demonstrate his innocence» (*R. v Hoare*, 2004, en 53). Likewise, the House of Lords clarified that the object of the legislation «is to bring the law back into line with common sense» (*R. v Webber*, 2004, en 33). This is consistent with the traditional rationalist approach to evidence law which privileges a particular version of «common sense», namely that of «White, able-bodied, middle-or upper-class, men» (Picinali, 2024, p. 208). The directions which juries receive on silence can reinforce this «common sense» view. Jurors are directed, among other conditions, that they may only draw an inference from a failure to mention a fact if «there is no other sensible explanation for the failure» (Judicial College, 2023, pp. 17-7). But judges should not inform jurors of possible innocent reasons for silence, unless there is an evidential basis for the reason (*R. v Cowan*, 1996). Thus, unless the defence has presented evidence of, for example, the defendant's lack of trust in the police (which may place an additional burden on the defendant to testify)⁶, this will not be brought to the attention of the jury, and the jury will be left, if not encouraged, to speculate that silence stems from guilt. The silence provisions, and the way they have been interpreted and applied, make it difficult to determine when jurors «should be aware of» (Picinali, 2024, p. 213), and take sufficient account of, the defendant's reasons for silence.

In the example presented, then, it may be that the jurors ignore or pre-emptively discount the defendant's stock of knowledge because of identity prejudice against Black people, or it may be that they give inappropriate consideration to the defendant's perspective because the law (backed by judges) invites adverse inferences to be drawn from silence. That the law on silence can result in oversight of the defendant's stock of knowledge (which disproportionately affects Black people)⁷, is all the more reason for reform. Jurors should be informed of potential innocent reasons for silence (Quirk, 2018, p. 268), or, better yet, the law should prohibit adverse inferences from silence on the basis that there are many innocent reasons for silence, and it is the prosecution's job to prove guilt, not the defendant's job to speak and explain their innocence (Owusu-Bempah, 2018a, p. 277). This could prevent testimonial

⁵ See, for example, Redmayne (2008).

⁶ The defendant's failure to give evidence can also attract an adverse inference under section 35 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994.

⁷ See Phillips and Brown (1998); Bucke *et al.* (2000).

injustice as well as non-prejudicial, but inaccurate, assessments of relevance and probative value of silence. The potential for judicial directions and legislation to prevent testimonial injustice is considered further below.

3. TRIAL FAIRNESS

If a participant suffers a credibility deficit due to the adjudicator's identity prejudice, there is a risk of inaccuracy; the verdict is less likely to be accurate if assessments of relevance and probative value are made from an inappropriate or incomplete perspective. But, as Picinali argues, the risk of inaccuracy is not the only problem. Testimonial injustice can render the trial unfair. This is because testimonial injustice undermines participation, which is central to a fair trial (Picinali, 2024, p. 221). In particular, Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) accords the defendant participatory rights, including the right to effective participation, which is derived from the Article 6(3) rights (*Stanford v UK*, No. 16757/90, ECtHR, 23 February 1994). Effective participation includes the ability to follow, understand, and contribute to proceedings by, for example, giving evidence and instructing lawyers (*SC v UK*, No. 60958/00, ECtHR, 15 June 2004). Although the exact scope of the right to effective participation is uncertain⁸, respect for the defendant's participatory rights arguably means that their contributions must be taken seriously, with appropriate consideration given to whatever they have to say⁹. In other words, the defendant's contributions should not be unjustly discounted or dismissed as unworthy of consideration or credit (Picinali, 2024, p. 224); they must not suffer testimonial injustice. Picinali thus helps to make sense of why reliance on certain kinds of evidence, such as rap lyrics, can infringe the defendant's Article 6 right to a fair trial.

However, while testimonial injustice to defendants compromises trial fairness, it is not clear that complainants are owed participation, or at least to the extent that testimonial injustice to complainants renders the trial unfair and causes unfairness to defendants, irrespective of the accuracy of the outcome. To advance his argument that testimonial injustice to complainants affects the fairness of proceedings, Picinali (2024, p. 222) relies on a pluralistic concept of trial fairness, whereby «a fair trial is a trial in which suitable treatment is given to *all parties*, as opposed to one party only». He claims that «the trial cannot be fair—and, hence, the defendant's right cannot be respected—if the defendant is the only party in the proceedings who is given the opportunity for effective participation» (pp. 221-222). This conception of trial fairness provides a basis for equitable treatment of the parties, consistent with the long-established principle of equality of arms, whereby each party must be given a reasonable opportunity to present their case under conditions that do not place

⁸ See Owusu-Bempah (2018b).

⁹ See Owusu-Bempah (2020).

them at a disadvantage *vis-à-vis* their opponent¹⁰. However, equitable treatment of the parties does not in itself mean that the complainant, as an individual, is owed an opportunity for effective participation in the trial.

In English and Welsh criminal trials, there are two parties: the prosecution and the defence. The defence party includes the defendant, who may be self-represented. While the prosecution is often thought to represent the interests of the complainant, the prosecution acts on behalf of the state, not the complainant. It is more appropriate to refer to the complainant as a «participant». The complainant does not direct or control the presentation of the case, but may contribute to the evidence gathering process and the epistemic exchange within criminal proceedings, primarily by providing information. As Picinali (2024, p. 223) notes, Article 6, including the participatory rights, is not a right ordinarily held by complainants. In fact, as I have written elsewhere, it is the unique position of the defendant as the person on trial, the person facing conviction and punishment by the state, which helps rationalise their participatory rights. These rights convey respect for the defendant's position as the autonomous subject of the proceedings and provide a means to challenge the prosecution case and ensure that the state can meet its burden of proof (Owusu-Bempah, 2020, pp. 4-6).

On the other hand, the European Court of Human Rights has recognised that «principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify» (*Doorson v Netherlands*, No. 20524/92, ECtHR, 26 March 1996, p. 70). The complainant's interests include their life, liberty, security of person, and privacy (*Doorson v Netherlands*, No. 20524/92, ECtHR, 26 March 1996, p. 70). Fairness, therefore, is not contingent only on the rights of the defendant. Also, the overriding objective of the Criminal Procedure Rules (2020) requires that, alongside recognising the rights of defendants, the interests of witnesses and victims be respected (rule 1.1(2)(c) and (d)). The Rules require courts to take every reasonable step to facilitate the participation of any person (rule 3.8(3)(b)), which «includes enabling a witness or accused to give their best evidence» (Criminal Practice Directions 2023, 6.1.1). However, respecting the interests of complainants and facilitating participation is not the same as affording participatory rights or owing an «opportunity to meaningfully participate» (Picinali, 2024, p. 224), breach of which will compromise the fairness of the trial.

Picinali states that it matters not for his argument whether the complainant has a right to a fair trial, or mere protected interests that are relevant to trial fairness (p. 223). But, if the complainant is not a party to the case and does not hold participatory rights, more needs to be said about: the nature and source of the participation owed to complainants; how testimonial injustice to the complainant (independent of the prosecution party) renders the trial unfair; and how testimonial injustice to complainants causes the defendant to suffer a breach of their right to trial fairness, a claim which Picinali recognises will seem counterintuitive to some (p. 224).

¹⁰ See Jackson and Summers (2012, pp. 83-86).

4. VICTIMS AND PERPETRATORS OF TESTIMONIAL INJUSTICE

Picinali focuses on the experience of defendants and complainants. While he recognises that testimonial injustice to other participants can cause unfairness (Picinali, 2024, n. 32), expanding on this point helps to reveal the potential scale and scope of testimonial injustice in criminal proceedings. Take, for example, a defence witness who suffers a credibility deficit due to an identity prejudice. Adapting one of the examples provided in the annex to Picinali's paper, perhaps an eyewitness with a learning disability that affects their speech testifies that the defendant was not present at the scene of the offence (p. 231). However, the adjudicator views the witness's testimony as less credible because of how it is delivered, with broken speech, long pauses and vague words. Due to their ableist prejudice, the adjudicator wrongly perceives people with learning disabilities affecting speech to be unreliable. This not only harms the witness as an individual, denying their capacity to provide knowledge and contribute to the epistemic exchange, it may also interfere with the defendant's right to a fair trial. In particular, it may undermine the defendant's ability to challenge prosecution evidence, examine witnesses, and present their case under conditions that do not place them at a disadvantage *vis-à-vis* the prosecution. Likewise, defence counsel may suffer a credibility deficit which not only harms them personally but could lead to exclusion of evidence or rejection of a valid submission. Take, for example, a judge who mistakes a Black barrister for the defendant because of an identity prejudice which associates Black people with crime (The Bar Council, 2021, pp. 49-55; Howard League, 2021, p. 33; Monteith *et al.*, 2022, p. 17)¹¹. This judge may view the barrister's submissions with suspicion, just as they viewed the barrister with suspicion. More specifically, a judge with an identity prejudice towards Black people might refuse to hear submissions from a Black advocate on why their client walked away from the police. Again, this interferes with the defendant's right to participate because the defendant's participatory rights can be, and often are, exercised by proxy through their lawyer.

It is also important to consider who can commit testimonial injustice. Picinali focuses on the assessment of evidence by judges and jurors but recognises that lawyers can commit testimonial injustice too (2024, p. 64). For example, the defendant's lawyer may defend their client in a way that does not appropriately reflect the defendant's experience. This might be a common occurrence. As barrister, Abimbola Johnson (2020), explains:

The majority of us are white. That whiteness informs the base culture of what we do. Many in the profession mostly come across members of the Black community in court rooms. It is a fallacy to suppose that negative views and assumptions will not find their way into our work unless we consciously make sure they do not.

¹¹ See also, Black Barristers Network (2020).

The example of rap lyrics shows how lawyers can commit testimonial injustice. Anecdotal evidence suggests that defence lawyers often fail to challenge the admissibility of «rap evidence»¹², simply accepting that writing, performing, or engaging with rap music is evidence of «bad character», and is relevant to an issue in the case, such as gang association, motive, or intention. If these concessions are made without consulting the defendant, or after devaluing the defendant's stock of knowledge as to the culture and conventions of rap music, and if this credibility deficit results from an identity prejudice that associates Black youth culture with crime, testimonial injustice has occurred. Even where defence lawyers challenge admission of the evidence, this is often done without the assistance of an expert, such as a musician, academic or youth worker, who can contextualise and explain rap music for the court or jury. Knowing that many judges and jurors are unfamiliar with the intricacies of rap music, and knowing that the defendant's testimony will be viewed with suspicion, a prudent lawyer would seek to instruct an expert. At the same time, prosecutors often rely on police officers as «experts» to interpret and contextualise rap music. Important questions have been raised about whether police officers are qualified to provide an opinion on rap, and whether they are able to offer an impartial opinion. They may have knowledge of local groups and slang, but they tend not to be well versed in the culture or conventions of rap, viewing it through a crime control lens. This can result in unjustified assumptions about the literal nature of lyrics, based on flawed data skewed towards confirming suspicions of criminality, leading to conclusions that are not properly reached (Ward and Fouladvand, 2021)¹³. In these cases, not only has the defendant suffered a credibility deficit, but the police officer is likely to be granted a credibility excess¹⁴, which, some have argued, can itself amount to a form of testimonial injustice¹⁵. The right to a fair trial is compromised by the defence lawyer's failure to take sufficient account of (or present) the defendant rapper's stock of knowledge, and also by the inequality of arms between the prosecutor who is backed by an «expert», and the defendant who is not. We should, therefore, not only be mindful of judges and jurors reasoning with evidence, but also of the way in which cases are constructed and presented by the parties.

5. PREVENTING TESTIMONIAL INJUSTICE

Having identified the problem and the harms of testimonial injustice in the assessment of (and reasoning with) evidence, Picinali concludes by surveying possible

¹² Based on discussions with legal professionals at events on the topic of «rap evidence». In an analysis of appeal cases where rap was relied on at trial or sentencing, the admission or use of the music often went unchallenged. See Owusu-Bempah (2022a, pp. 132-133).

¹³ See also, Ilan (2020); Owusu-Bempah (2022b).

¹⁴ On judicial faith in police evidence, see Monteith *et al.* (2022, p. 16).

¹⁵ See Picinali (2024, n. 25). On credibility excess, see also, Medina (2011); Lackey (2023, ch.1); Fricker (2023).

solutions. He rightly argues that prevention is better than cure, given the practical obstacles to relying on the higher courts to play a more interventionist role in the scrutiny of the adjudicator's evidential reasoning. These obstacles include the difficulty of scrutinising reasoning and conclusions that are not articulated in writing (Picinali, 2024, p. 226). It can be added that, to treat testimonial injustice, the higher court judges must be willing and able to assess the evidence and the adjudicator's reasoning from an appropriate perspective and must not cause further testimonial injustice. As we saw with the silence example, the higher courts have reinforced a «common sense» generalisation that discounts or disregards the experiences of many. Also, the lack of diversity in the judiciary does not inspire confidence. In the English and Welsh courts, only 37% of judges are women, 10% are from an ethnic minority background (with just one percent being Black), and 30% are under the age of fifty (Ministry of Justice, 2023). The senior judiciary also happens to be the profession with the highest independent school and Oxbridge attendance (Sutton Trust, 2019, p. 11). Even where judges are free from bias and can look beyond their own experience and perspective, there is a question of how testimonial injustice should be «treated». Picinali (2024, n. 63) does not suggest that testimonial injustice to complainants should constitute a ground for appeal by the defendant, and he is open to the possibility that not all instances of testimonial injustice suffered by the defendant warrant an appeal, notwithstanding that they do render the trial unfair. While the potential remedies for testimonial injustice will not be discussed here, they do require further consideration. This is because, even when we focus on prevention, it is difficult to find an adequate solution.

In terms of preventative measures, it is preferable to start with judges. Judges make admissibility decisions and direct juries on the purported relevance of evidence. They can only make fair assessments of the relevance and, therefore, admissibility of evidence, and direct juries appropriately, if they have due regard for the stock of knowledge of the participant to whom the evidence relates. Further, only a small minority of trials are heard by jury. The vast majority are dealt with in the magistrates' court, where the law and facts are determined by a district judge or a bench of lay magistrates.

This brings us back to judicial diversity. Greater judicial diversity is long overdue and, as Picinali (2024, p. 228) suggests, would probably limit the impact that identity prejudice may have on the judicial assessment of the evidence. But even with a more representative judiciary, there is no guarantee that a case will be heard by a judge who does not hold identity prejudice and who can understand and appreciate the stock of knowledge of the participants in the case. Picinali also recommends that judges be encouraged or required to offer detailed articulation of the reasoning underlying their admissibility decisions (p. 228). This too would be a welcome development but, again, only takes us some way. There can be several reasons for a decision, and an unconscious (or conscious) bias could easily be masked by other reasons. Likewise, suggested implicit association tests for judges and jurors could make

them aware of biases they harbour, but it is not clear this helps to root out identity prejudice in the assessment of specific items of evidence. It may also foster a false assurance that the adjudicator only holds biases revealed by the tests. So, in addition to greater judicial diversity, reasoned decisions, and awareness of potential biases, the more «radical» measures must be considered.

To prevent jurors from committing testimonial injustice, Picinali considers the potential of statutory rules to exclude or restrict particular kinds of evidence. Such rules can also further the epistemic aims of the trial and are typically enacted for this purpose. An example is section 41 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 which prohibits the defence from adducing evidence of a complainant's sexual behaviour except in limited circumstances in trials for sexual offences. As well as preventing wrongdoing by jurors, statutory rules can help prevent judges from committing testimonial injustice. By providing admissibility criteria, statutory rules reduce the scope of judicial discretion and, in turn, the opportunity for identity prejudice to inform assessments of relevance and probative value. However, while statutory rules can reduce the opportunity for judges to commit testimonial injustice, usually they do not eliminate it. In determining whether the admissibility criteria are met, testimonial injustice can still occur. Rape myths, for example, can creep into determinations of whether a complainant's sexual behaviour with third parties was so similar to what allegedly happened with the defendant that it cannot reasonably be explained as a coincidence (Youth Justice and Criminal Evidence Act, s.41[3][c][i]). To be effective, the statutory rule may need to create a high threshold for admissibility and provide specific factors for courts to consider, forcing them to address the participant's stock of knowledge.

Such legislation has been proposed in respect of rap lyrics. Following successful campaigns in the US (Nielsen and Dennis, 2019)¹⁶ a UK-based group, Art Not Evidence¹⁷, is advocating for legislation to restrict the admissibility of creative expression as evidence in criminal trials (Ahmed, 2023). The campaign is a response to the growing number of cases in which rap lyrics and videos are used to help secure convictions, with police and prosecutors inviting judge and jury to take the music literally and infer from it, *inter alia*, motive, intention, criminal associations, and propensity for certain behaviour. This happens despite the music often having no direct connection to the offence charged and being highly prejudicial, bringing stereotypes of Black male criminality into the courtroom and encouraging jurors to associate Black youth culture with crime. While a primary purpose of the proposed legislation is to keep irrelevant, unreliable and unduly prejudicial evidence out of court, thus furthering the epistemic aims of the trial and protecting freedom of expression, it can also promote fairness by preventing testimonial injustice. The proposed legislation, drafted by members of Art Not Evidence, would create a presumption that creative

¹⁶ For a list of passed and introduced legislation, see <https://www.rapontrial.org>

¹⁷ See <https://www.artnotevidence.org>

expression is not admissible evidence in criminal trials. This presumption could be rebutted if it were proven that the evidence is: literal; refers to the specific facts of the crime alleged; is relevant to an issue of fact in dispute; and is necessary in so far as the issue cannot be proven by other evidence. In deciding whether these conditions are met, the courts would be required to have regard to specific factors which relate to the linguistic and artistic conventions of the expression, the social and cultural context of the expression, and the context in which the expression was created. In other words, regard must be had for the perspective and stock of knowledge of those engaged in the culture or creation of the specific form of creative expression. Since the court may not be well placed to make these assessments, they should employ the help of a suitably qualified independent expert. In the case of rap lyrics, that would most likely be a scholar, musician, youth worker, or perhaps a linguist, but not a police officer.

Picinali (2024, p. 227) refers to *ad hoc* statutory rules to exclude or restrict evidence as a «radical» instrument for preventing testimonial injustice. Given the many circumstances in which an identity prejudice can cause the adjudicator to discount stock of knowledge, it would be radical to enact legislation to restrict or exclude any and all kinds of evidence where there is a risk of testimonial injustice. This would also be impractical and result in the loss of much sound epistemic evidence. However, where there is a real and recognised danger of identity prejudice affecting the assessment of the relevance and probative value of a particular kind of evidence, such as rap music¹⁸, legislation is warranted.

As a less radical measure, Picinali (2024, p. 227) considers judicial discretion to exclude evidence, with judges considering the risk of testimonial injustice in their admissibility decisions. But, as discussed above, judges are not always well placed to consider and appreciate the risk of testimonial injustice, at least not without guidance or assistance from legislation or an expert. Finally, for juries, Picinali considers the possibility of «debiasing instructions» (p. 227). This is an appealing option for situations where the relevance of the evidence is not in doubt, but there is a risk of jurors misjudging its probative value due to identity prejudice. As an example, Picinali refers to directions on rape myths in the Crown Court Compendium. However, as with treating testimonial injustice in the higher courts, or relying on exclusionary discretion, the effectiveness of judicial directions will depend, in part, on the judge's ability to acknowledge and understand the participant's stock of knowledge, and to convey that to the jury. For this, again, they may need the assistance of an expert. In the case of rap, for example, for jurors to properly assess the relevance and probative value of the music, they need to be educated on the culture and conventions of the genre and be warned against drawing from negative stereotypes about rap music and rappers. This would be an improvement on current practice, but there remains a risk that jurors will not adhere to the directions or that directions will not be sufficient

¹⁸ See, for example, Dunbar and Kubrin (2018).

to counter their bias or prejudice. It is, therefore, unsurprising that Picinali refers to this measure as perhaps «wishful thinking» (p. 227).

Each of the proposed preventative measures has limitations, and some measures (namely statutory rules and judicial directions) can only be put in place where the potential for testimonial injustice is pervasive enough to be acknowledged. Given the countless circumstances in which identity prejudice can affect the assessment of evidence (be it based on, *inter alia*, race, ethnicity, religion, gender, or socio-economic circumstances), I am not as optimistic as Picinali (2024, p. 229) to suggest that «an epistemic enterprise such as the criminal trial is a context where inclusion is relatively easy to achieve». But, while it may not be easy, it is still worth pursuing. Picinali shows that, at the very least, there is potential to improve the way adjudicators reason with evidence. Thus, while I have argued that the scope and application of some of the arguments warrant greater explanation or consideration, I conclude this response the way it began, by welcoming Picinali's important contribution to evidence law scholarship that questions the traditional rationalist approach and urges us to do better.

BIBLIOGRAPHY

- Ahmed, A. (2023, November 22). «It risks miscarriages of justice»: MPs oppose rap lyrics being used as evidence in UK trials. *The Guardian*. Retrieved January 7, 2024, from <https://www.theguardian.com/music/2023/nov/22/mps-call-for-change-in-rap-lyrics-being-used-as-evidence-in-uk-trials-nadia-whittome-kim-johnson-shami-chakrabarti-annie-mac>
- Arcila-Valenzuela, M. and Páez, A. (2022). Testimonial Injustice: The Facts of the Matter. *Review of Philosophy and Psychology*. <https://doi.org/10.1007/s13164-022-00662-w>
- Black Barristers Network (2022). *A Report on the Experience of Black Self-Employed Barristers*. Retrieved January 7, 2024, from <https://static1.squarespace.com/static/5e4a84a6445a6a5feb10e912/t/5fb46fdcb9f79d34b0787d59/1605660645604/Black+Barristers+Network+-+A+Report+on+the+Experiences+of+Black+Self-Employed+Barristers+-+November+2020.pdf>
- Bucke, T., Street, R. and Brown, D. (1999). *The Right to Silence: The Impact of the Criminal Justice and Public Order Act 1994*. Home Office Research Study No. 199.
- Casey, L. Baroness (2023). *Final Report: An Independent Review Into the Standards of Behaviour and Internal Culture of the Metropolitan Police Service*. Retrieved January 7, 2024, from <https://www.met.police.uk/SysSiteAssets/media/downloads/met/about-us/baroness-casey-review/update-march-2023/baroness-casey-review-march-2023a.pdf>
- Dunbar, A. and Kubrin, C. E. (2018). Imagining Violent Criminals: An Experimental Investigation of Music Stereotypes and Character Judgments. *Journal of Experimental Criminology*, 14(4), 507-528.
- Fricker, M. (2007). *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press.
- Fricker, M. (2023). Institutionalized Testimonial Injustices: The Construction of a Confession Myth. *Brazilian Journal of Criminal Procedure*, 9(1), 39-64.
- Gonzales Rose, J. (2017). Toward a Critical Race Theory of Evidence. *Minnesota Law Review*, 101, 2243-2312.
- Gonzales Rose, J. (2021). Race, Evidence, and Epistemic Injustice. In C. Dahlman, A. Stein and G. Tuzet (Eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law* (pp. 380-394). Oxford University Press.
- Howard League for Penal Reform (2021). *Making Black Lives Matter in the Criminal Justice System*. Retrieved January 7, 2024, from <https://howardleague.org/wp-content/uploads/2021/09/A-guide-for-anti-racist-lawyers-1.pdf>

- Ilan, J. (2020). Digital Street Culture Decoded: Why Criminalizing Drill Music Is Street Illiterate and Counterproductive. *The British Journal of Criminology*, 60(4), 994-1013.
- Jackson, J. D. and Summers, S. J. (2012). *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge University Press.
- Jalloh, T. O. (2022). Does the Critical Scrutiny of Drill Constitute an Epistemic Injustice? *British Journal of Aesthetics*, 62(4), 633-651.
- Johnson, A. (2020, August 8). We Must Challenge Racism in the Courtroom. *Each Other*. Retrieved January 7, 2024, from <https://eachother.org.uk/courtroom-racism-how-we-must-challenge-it-in-the-uk/>
- Judicial College (2023). *Crown Court Compendium. Part I: Jury and Trial Management and Summing Up*. Retrieved January 7, 2024, from <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2023/06/Crown-Court-Compendium-Part-I.pdf>
- Lackey, J. (2023). *Criminal Testimonial Injustice*. Oxford University Press.
- Lammy, D. MP (2017). *The Lammy Review*. Retrieved January 7, 2024, from https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/643001/lammy-review-final-report.pdf
- McGlynn, C. (2017). Rape Trials and Sexual History Evidence: Reforming the Law on Third-Party Evidence. *Journal of Criminal Law*, 81(5), 367-392.
- Medina, J. (2011). The Relevance of Credibility Excess in a Proportional View of Epistemic Injustice: Differential Epistemic Authority and the Social Imaginary. *Social Epistemology*, 25(1), 15-35.
- Ministry of Justice (2023). *Diversity of the Judiciary: 2023 Statistics*. Retrieved January 7, 2024, from <https://www.gov.uk/government/statistics/diversity-of-the-judiciary-2023-statistics>
- Monteith, K. KC, Quinn, E., Dennis, A. L., Joseph-Salisbury, R., Kane, E., Addo, F. and McGourlay, C. (2022). *Racial Bias and the Bench: A Response to the Judicial Diversity and Inclusion Strategy (2020-2025)*. Retrieved 7 January, 2024, from <https://documents.manchester.ac.uk/display.aspx?DocID=64125#:~:text=Racial%20Bias%20and%20the%20Bench%20was%20created%20in%20response%20to,judges%20and%20other%20legal%20professionals>
- Nielson, E. and Dennis, A. L. (2019). *Rap on Trial: Race, Lyrics and Guilt in America*. The New Press.
- Owusu-Bempah, A. (2018a). How to Reinstatement the Right of Silence. In J. J. Child and R. A. Duff (Eds.), *Criminal Law Reform Now* (pp. 270-278). Hart.
- Owusu-Bempah, A. (2018b). The Interpretation and Application of the Right to Effective Participation. *International Journal of Evidence and Proof*, 22(4), 321-341.
- Owusu-Bempah, A. (2020). Understanding the Barriers to Defendant Participation in Criminal Proceedings in England and Wales. *Legal Studies*, 40(4), 609-629.
- Owusu-Bempah, A. (2022a). The Irrelevance of Rap. *Criminal Law Review*, 2, 130-151.
- Owusu-Bempah, A. (2022b). Prosecuting Rap: What Does the Case Law Tell Us? *Popular Music*, 41(1), 427-445.
- Phillips, C. and Brown, D. (1998). *Entry into the Criminal Justice System: A Survey of Police Arrests and their Outcomes*. Home Office Research Study No. 185.
- Picinali, F. (2024). Evidential Reasoning, Testimonial Injustice and the Fairness of the Criminal Trial. *Quaestio Facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning*, 6, 201-235.
- Quirk, H. (2018). The Case for Restoring the Right of Silence. In J. J. Child and R. A. Duff (Eds.), *Criminal Law Reform Now* (pp. 253-269). Hart.
- Redmayne, M. (2008). English Warnings. *Cardozo Law Review*, 30(3), 1047-1088.
- Simon-Kerr, J. (2021). Relevance through a Feminist Lens. In C. Dahlman, A. Stein and G. Tuzet (Eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Sutton Trust (2019). *Elitist Britain*. Retrieved 7 January, 2024, from <https://www.suttontrust.com/wp-content/uploads/2020/01/Elitist-Britain-2019-Summary-Report.pdf>
- The Bar Council (2021). *Race at the Bar: A Snapshot Report*. Retrieved 7 January, 2024, from <https://www.barcouncil.org.uk/static/d821c952-ec38-41b2-a41ebee362b28e5/Race-at-the-Bar-Report-2021.pdf>
- Ward, T. and Fouladvand, S. (2021). Bodies of Knowledge and Robes of Expertise: Expert Evidence about Drugs, Gangs and Human Trafficking. *Criminal Law Review*, 6, 442-460.

Case law and legislation

Criminal Justice and Public Order Act 1994. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>

Criminal Procedure Rules 2020. <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/759/contents/made>

Criminal Practice Directions 2023. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2023/04/Criminal-Practice-Directions-2023.pdf>

European Convention on Human Rights. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG

Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/23/contents>

Doorson v Netherlands, No. 20524/92, European Court of Human Rights, 26 March 1996. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-2799%22%5D%7D>

R. v Hoare [2004] EWCA Crim 784. <https://vlex.co.uk/vid/r-v-hoare-kevin-793729937>

R. v Webber [2004] UKHL 1.

R. v Cowan [1996] QB 373.

SC v UK, No. 60958/00, European Court of Human Rights, 15 June 2004. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-106981%22%5D%7D>

Stanford v UK, No. 16757/90, European Court of Human Rights, 23 February 1994. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57874%22%5D%7D>

TESTIMONIAL INJUSTICE IN EVIDENTIAL REASONING: A REPLY TO FEDERICO PICINALI*

Rachel Herdy

Associate Professor

Facultad de Derecho

Universidad Adolfo Ibáñez, Chile

rachel.herdy@uai.cl

ABSTRACT: This article critiques Federico Picinali's theoretical framework for explaining how testimonial injustice impacts evidential reasoning. It argues that Picinali's framework, though intended to be general, falls short in capturing various forms of testimonial injustice in the assessments of relevance and probative value. Two reasons are offered to support this conclusion. First, Picinali's emphasis on the idea of stock of knowledge offers an intricate manifestation of the phenomenon, leaving aside cases of testimonial injustice *simpliciter*. Second, his framework overlooks instances of credibility excess and how epistemic harms that affect different agents may ricochet to the parties. It is argued that Picinali's framework can be improved by adopting a description of testimonial injustice in the assessments of relevance and probative value that is less intricate and more relational.

KEYWORDS: evidence law, testimonial injustice, hermeneutical injustice, credibility, intelligibility, stock of knowledge.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.— 2. SIMPLE AND COMPOUND FORMS OF TESTIMONIAL INJUSTICE.— 3. BEYOND CREDIBILITY DEFICITS, COMPLAINANTS, AND DEFENDANTS.— 4. CONCLUSION.— BIBLIOGRAPHY.

* I would like to thank Federico Picinali for his initial willingness to discuss some of the points I make here.

«In some authoritative contexts
it is what you *count as* that determines your fate».
Fricker (2023)

1. INTRODUCTION

In «Evidential Reasoning, Testimonial Injustice and the Fairness of the Criminal Trial», Feredico Picinali (2024) attempts to apply Miranda Fricker's concept of testimonial injustice to reasoning about evidence in the law. His goal is to offer a «general theoretical framework» for detecting instances of this type of epistemic injustice. He focuses on two central features of evidential reasoning: assessing the relevance of a piece of evidence, for the purpose of determining admissibility, and weighing its probative value, for the purpose of establishing proof to the required standard. Following Fricker's definition of testimonial injustice, Picinali explains how negative prejudicial stereotypes regarding the identity group to which the complainant or the defendant belongs may affect decision-makers' evidential assessments of the evidence presented by them. He further argues that epistemically unjust assessments of relevance and probative value have an often-neglected legal significance—it violates the right to a fair trial, as provided for in Article 6 of the European Convention on Human Rights. The fairness of the trial is affected because the party whose evidence is prejudicially assessed is not given the opportunity to participate in the process of fact-finding. In Fricker's (2007, p. 20) terminology, the party has been «wronged specifically in her capacity as a knower».

Picinali (p. 212)¹ offers the following description of testimonial injustice in the assessments of relevance and probative value of an item of evidence:

In the assessments of relevance and of probative value, testimonial injustice occurs when the stock of knowledge that a party in the proceedings has *qua* member of a social group is ignored or discounted due to the adjudicator's identity prejudice against that group (or against another group to which the party belongs) and, as a result, the party's argument about the relevance and the probative value of an item of evidence—argument that relies on such stock of knowledge—receives a credibility deficit.

In the above description, testimonial injustice is presented as a function not only of the adjudicator affording less credibility to the parties in virtue of an identity prejudice against them; besides a prejudicial *credibility* deficit, there seems to be an *intelligibility* deficit. The latter consists in the adjudicator failing to make sense of the parties' «stock of knowledge» that is purported to give meaning to the evidence presented by them. Picinali (p. 209) is concerned «with cases in which a party in the proceedings

¹ From now on, all references to Picinali pertain to the article under discussion, so I will refrain from mentioning the year of the publication.

does not meet the challenge of “making visible” to the adjudicator their socially dependent experience and stock of knowledge and, hence, their interpretation of the world—in particular, of the evidence».

In the background of Picinali’s theoretical framework is a rightful denunciation of a second-order assumption he attributes to the so-called rationalist tradition of evidence law². Accordingly, rationalist legal scholars have taken for granted the idea that assessments of relevance and probative value must be based on an invariable understanding of the idea of stock of knowledge. Roughly, the rationalist account goes something like this: when reasoning about the relevance and probative value of a piece of evidence, the adjudicator is required to resort to generalizations regarding the association of events; these generalizations, in turn, are grounded on the stock of knowledge of an existing society, which is understood as the total body of information accumulated through logic (informally speaking), common-sense, and general experience. Picinali denounces this assumption, claiming that there is no such thing as a unique stock of knowledge to which adjudicators must resort for making epistemically appropriate evidential assessments. Experiences vary across a society; and believing that there is a universal repository of social experiences for the purpose of determining facts in judicial proceedings would imply imposing one worldview over others³.

As Picinali (p. 208) explains, while members of a white upper-class social group strongly correlate events *A* and *B* (e. g., «a Black working-class youth’s flight from the scene of the crime» and «the suspect had something to hide from the police», respectively), members of a black lower-class social group might interpret things quite differently («a Black working-class youth is likely to run away from the police for fear of suffering an injustice»). Under the stock of knowledge that informs the first group, *A* might be relevant to *B* because it makes it more likely to be true; and to a significant probative degree. However, under the stock of knowledge that informs the second group, *A* might be irrelevant to *B*; or, if relevant, depending on the circumstances, to a lesser degree. Picinali takes the following evidential reasonings as vivid examples of testimonial injustice in the assessments of relevance and probative value: the interpretation of the silence of black people in police interrogations as a sign that they are hiding something (when in fact they distrust the police and fear that their words might be distorted); the interpretation of violent rap lyrics as a sign that the subject belongs to a gang or has a propensity to be violent (when in fact it is a typical style of this artistic genre that guarantees success in the market); and the interpretation of the victim’s lack of resistance to sexual attack as a sign that she consented (when in fact this is a myth about how rape occurs)⁴.

² See Picinali (n. 10) for references to scholars of this Tradition; see also Twining (2006, pp. 35-98).

³ Picinali has been inspired by the work of Gonzales Rose (2021) and Owusu-Bempah (2022).

⁴ For the sake of economy, I will not consider the cases Picinali detailed in the Appendix.

Picinali's work has the merit of spotting the central aspects of evidential reasoning that are affected by prejudicial stereotypes—relevance and probative value. Mirroring Fricker's insight about how the prejudicial reduction of one's status as a knower constitutes a distinctive epistemic wrong, he also deserves recognition for demonstrating how prejudicial assessments of one's evidence in legal proceedings result in a distinctive institutional wrong—it violates the party's right to a fair trial⁵. However, in what follows I argue that Picinali's general theoretical framework requires adjustments so that it can deliver what he explicitly promises—that is, an understanding of testimonial injustice in evidential reasoning that is genuinely «general»⁶. A general theoretical framework is considered a kind of conceptual frame that can detect a range of instances of a given phenomenon in practice. I contend that Picinali's framework can be improved by adopting a description of testimonial injustice in the assessments of relevance and probative value that is *less intricate* and *more relational*.

This reply is divided into two parts. First, I will argue that Picinali's description above and the examples he offers seem to confuse testimonial injustice with hermeneutical injustice. Hermeneutical injustice is here understood as «the injustice of being frustrated in an attempt to render a significant social experience intelligible (to oneself and/or to others) where hermeneutical marginalization is a significant causal factor in that failure» (Fricker and Jenkins, 2017, p. 268). Picinali recognizes that there may be a hermeneutical component in his description of testimonial injustice, but does not delve deeper into this discussion (see n. 31). My point here is, to the extent that his theoretical framework compounds testimonial and hermeneutical elements, it would only be able to detect intricate instances of epistemic injustice—*i. e.*, scenarios in which there are both credibility and intelligibility deficits. Yet, it will leave out situations in which the credibility of a testimony is prejudicially deflated, but where the information that is being conveyed by the party is not sensitive to any given stock of knowledge. Second, I will argue that Picinali's account fails to see the relational character of credibility assessments in the judicial context. This limitation can be seen in two aspects of his theorizing. First, in his choice not to deal with cases of credibility excess; and second, in his decision to focus on the parties, disregarding other epistemic agents in the proceedings (*e. g.*, victims, witnesses, and experts). These agents are actively involved in the proceedings, and an epistemic wrong done directly to one of them can ricochet to the parties. So, to the extent that Picinali's

⁵ A similar approach, which also claims that epistemic injustices amount to legal harm, is taken by Deborah Tuerkheimer (2017). She argues that «credibility discounting»—a notion proposed by Karen Jones (2002), which involves a form of double epistemic injustice—should count as an actionable form of discrimination. Her work suggests the use of different legal frameworks, depending on the actor and the setting. Tuerkheimer is particularly interested in the discounting of rape accuser's credibility. For a critical view that undermines the potential for litigation, see Arcila-Valenzuela and Páez (2022). For an approach to epistemic injustices in the criminal proceedings focused on the institutional dimension, see Coloma and Rimoldi (2023).

⁶ My proposal aligns with Páez and Matida (2023), who also argue for the utility of adopting a more expansive, liberal version of the concept of epistemic injustice for legal purposes.

framework is limited to analyzing cases of credibility *deficit* attributed to the *parties*, it fails to capture exemplary cases of testimonial injustice in the adjudicator's assessments of relevance and probative value—as it happens in recurrent cases of false confession and eyewitness testimony⁷. The curtailment of his scope of analysis in these two directions can be explained by a non-relational understanding of the economy of credibility in judicial transactions.

2. SIMPLE AND COMPOUND FORMS OF TESTIMONIAL INJUSTICE

Let me start with a real case, decided in 2022 by the Superior Court of Justice of Brazil (HC 790.250/RJ, 2022/0392898-1)⁸. A Brown defendant, Alexandre Augusto Andrade da Ressurreição, was being prosecuted for the crime of robbery. Armed men, who had jumped off a vehicle, approached the first victim and took her belongings. The victim wrote down the license plate number of the vehicle used to commit the crime. The police arrived at Alexandre since the car was registered in his name. After carrying out an eyewitness identification procedure in the form of a photo show-up, the victim identified Alexandre as the man who, from the passenger seat, announced the robbery. Another victim, from a robbery that occurred on the same night and with the same *modus operandi*, also recognized Alexandre in a second photo show-up. Faults in the process of eyewitness identification partly determined Alexandre's final acquittal (and a consideration of them will be relevant in the next section). But what is important to highlight now is that Alexandre's testimony, which was discounted in the case, did not convey information whose relevance and probative value could only be accessed through the adjudicator's being able to make sense of his stock of knowledge *qua* Brown defendant. Alexandre claimed that he did not commit the crime, explaining that he had sold the car months before (proven by documentary evidence that he requested the local authority to change his name on the vehicle registration); and, furthermore, that at the time of the robbery he was having an audio conversation with his friends (proven by records on the WhatsApp application of his cellular phone). This is a case that seems to manifest a simple form of testimonial injustice. The argument offered by a Brown defendant did not receive the credibility that corresponded to the evidence that he was saying the truth; but the reason for this credibility deficit does not seem to be related to the adjudicator discounting or ignoring the stock of knowledge that the defendant had *qua* member of a particular racial group—as Picinali's description of testimonial injustice

⁷ See recent work on these topics by Lackey (2020; 2021); Medina (2021); Medina and Whitt (2021); and Fricker (2023). I will return to these in section 2.

⁸ See also Matida and Garcez (2023). The decision I am criticizing here is that of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro, which convicted Alexandre based on the prosecutor's appeal. The defendant had been initially acquitted by the trial judge and was finally declared not guilty by the Superior Court of Justice of Brazil.

requires. The claim that he had previously sold the car and was sending voice messages through a mobile phone application at the time of the robberies are perfectly intelligible irrespective of any stock of knowledge⁹. What this example reveals is that there are cases of testimonial injustice in evidential reasoning that occur even in the face of an attempt to communicate perfectly intelligible information.

This simple form of testimonial injustice—as opposed to a compound one, which I will explore next—is also clear in the famous fictional case that Fricker used to illustrate testimonial injustice in the beginning of her book. In her first chapter, she mentions the injustice that Marge Sherwood suffers in Anthony Minghella's screenplay for *The Talented Mr. Ripley*, a novel written by Patricia Highsmith. When Marge tells Herbert Greenleaf, the father of her murdered fiancé Dickie, that she suspects Ripley might have killed him, her words are dismissed as hysterical and mere «female intuition»¹⁰. There is no difficulty in understanding the relevance and probative value of Marge's testimony: she found Dickie's ring, which he promised her to never take off, inside Ripley's stuff. The evidence she presents is discredited because Greenleaf has an identity prejudice against her for being a woman; but Marge did not attempt to transmit information she had *qua* member of her gender group¹¹.

Picinali's examples of silencing, rap lyrics, and rape myths are not like the simple cases of testimonial injustice above. They all involve a party trying to convey information whose meaning depends on the interpretive resources internal to their powerless social groups. The adjudicator is incapable of understanding the information due to a gap in the collective interpretive resources available to him. Picinali's examples clearly illustrate cases of «hermeneutical marginalization». As Fricker (2007, p. 254) explains:

From the epistemic point of view, what is bad about this sort of hermeneutical marginalization is that it renders the collective hermeneutical resource structurally prejudiced, for it will tend to issue interpretations of that group's social experiences that are biased because insufficiently influenced by the subject group, and therefore unduly influenced by more hermeneutically powerful groups (thus, for instance, sexual harassment as flirting, rape in marriage as non-rape, post-natal depression as hysteria, reluctance to work family-unfriendly hours as unprofessionalism, and so on).

Thus, a clear hermeneutical component is built into the foundation of Picinali's description of testimonial injustice, rendering it more intricate than necessary.

⁹ As I will explain in the next section, Alexandre's case also involves a type of *agential testimonial injustice*, in which the eyewitnesses' identifications received a credibility excess. It may even be that Alexandre's evidence was *also* discounted in proportion to the excess of credibility attributed to the victims' testimony; but the point I want to highlight here is that Alexandre's evidence is simple and easy to understand, for it does not refer to any stock of knowledge about Alexandre *qua* member of a social group.

¹⁰ For a description of Mr. Greenleaf's response as a case of gaslighting, see McGlynn (2020). Fricker disagrees, for gaslighting involves a deliberate manipulation of judgment. She insists that the way she conceptualizes testimonial injustice does not involve conscious manipulation (Fricker, 2017, p. 54).

¹¹ Perhaps a situation of hermeneutical injustice is also present here, considering Marge's *style of expression* when she repeatedly screamed «I know it was you!» (see Fricker, 2007, p. 161).

Indeed, it is worth noting that the examples offered by Picinali have been previously related to hermeneutical injustice. The very first example, involving Black and Brown flight from the police, has been described as both testimonial and hermeneutical injustice. More specifically, it has been treated as a case of «racialized reality evidence» (Gonzales Rose, 2021, p. 386), a kind of data that is only intelligible against the background of the hermeneutical resources of a specific racial group. The examples of silencing and rap lyrics also seem to fall into this context. When considering the assessment of the relevance of rap lyrics, Owusu-Bempah (2022) suggests that what is missing is «an appropriate conceptual framework». Additionally, Jalloh (2023) suggests that the critical scrutiny of drill lyrics, a rap genre known for its portrayal of violent themes, is an instance of both testimonial and «contributory» injustice, a concept identified as a form of willful hermeneutical injustice (Dotson, 2012). Perhaps what complicates the assessment of these lyrics in a fair manner is not just their content, but also their expressive style (Fricker, 2007, p. 160). Finally, in the case of rape myths, Jenkins (2017) takes a distinct approach, presenting them as a specific form of hermeneutical injustice¹². On the other hand, Tuerkeimer (2017) views them as a case of double epistemic injustice, involving both testimonial and hermeneutical aspects (more on this below). In any case, what I want to highlight here is that at the root of Picinali's examples lies a problem of intelligibility. Black youths, hip-hop musicians, and victims of sexual violence represent powerless groups in society. They are unable to contribute to the construction of the meanings that constitute the dominant stock of knowledge that informs legal authorities; and this interpretive difficulty is what basically explains the discounting or ignoring of their testimonies.

These sorts of cases are similar in structure to the legal example that Fricker herself draws from Harper Lee's novel, *To Kill a Mockingbird*. Tom Robinson, a Black man, is wrongly accused of having raped Mayella Ewell, a young white woman; and the jury in the case, due to its racial prejudice and despite the evidence of innocence provided by the competent defense attorney, Atticus Finch, attribute a lack of credibility to his testimony. But Tom is not only a victim of testimonial injustice. When he testifies that he helped Mayella with her tasks because he felt sorry for her difficult life, the prosecutor cynically questions him: «You felt sorry for *her*, you felt *sorry* for her?» (*apud* Fricker, 2007, p. 24). As José Medina (2011) remarks, this passage shows the questioning of the very idea that a Black man could feel sorry for a young white girl. «What lacks all credibility», Medina (p. 25) says, «is not simply Tom Robinson as a knower and informer in general, but the idea of black pity for white subjects in Jim Crow Alabama». Furthermore, the story also narrates Tom's difficulty in explain-

¹² Jenkins (2017, p. 10) argues that rape myths can operate to impede the victims themselves to properly conceptualize their experiences: «The relevant conceptual resources are available at some social locations but are inaccessible to the person who needs to render their experience of injustice intelligible». This is an extreme form of hermeneutical injustice, indeed. Here I am arguing that Picinali's case of rape myth, which focuses on the impact of the inaccurate perception about rape *on the adjudicator*, is also a case of hermeneutical injustice.

ing that Mayella had become sexually interested in him, a hypothesis that sexualizes interracial relationships and was completely off the radar at the time¹³. In a nutshell: «There is testimonial injustice in the forefront, but the deeper epistemic injustice in question—the one rooted in the cultural oppression inscribed in a biased social imaginary—is a hermeneutical injustice» (p. 27). This compound form of epistemic injustice appears to occur in the examples provided by Picinali.

Fricker (2007, p. 159) explains that hermeneutical marginalization produces a kind of epistemic injustice that remains «dormant» until a speaker struggles to make sense of her experience, either to herself or to others. It is precisely this second situation, in which the speaker attempts to communicate her experience intelligibly to a third person, that gives rise to what Fricker recognizes as a distressing situation; that is, that hermeneutical injustice might be mingled with testimonial injustice. This is a worst-case scenario, for it amounts to a kind of «double epistemic injustice» (p. 160). Situations of double epistemic injustice tend to occur when the identity prejudice that harms the subject is systematic, in the sense that it attaches to a trait that negatively affects the person in various aspects of her life—as it occurs with cases of race and gender. Fricker (p. 159) explains:

This will indeed tend to be the case wherever the hermeneutical injustice is systematic, because members of multiple marginalized groups will tend to be subject to identity prejudice. If they try to articulate a scantily understood experience to an interlocutor, their word already warrants a low *prima facie* credibility judgment owing to its low intelligibility. But if the speaker is also subject to an identity prejudice, then there will be a further deflation. In such a case, the speaker is doubly wronged: once by the structural prejudice in the shared hermeneutical resource, and once by the hearer in making an identity-prejudiced credibility judgment.

Addressing the question of which injustice is more basic—hermeneutical or testimonial—is like trying to respond to the chicken and egg causal dilemma. In fact, there seems to be a mutually constitutive relationship between them. When a person suffers from a systematic hermeneutical marginalization, her attempt to communicate an obscure aspect of her social experience will be met with doubt and incredulity; on the other hand, when that same person is systematically given a prejudicial credibility deficit, the information she is trying to convey will remain in oblivion¹⁴. According to Fricker, these conditions lead to what Karen Jones (2002, p. 160) calls «runaway reductions» of trustworthiness and plausibility, characterized by a «two-way mutually reinforcing loop». As Jones explains, «[o]ur low initial trustworthiness rating leads to a reduction in the plausibility rating we would have given to the content of the story, and this in turn confirms our initial assessment of untrustworthi-

¹³ It is also possible to see here a case of credibility excess (see section 2 below). «Credibility deficits and excesses clearly go together in this case», writes Medina (2011, p. 24). As Lackey (2023, p. 149) explains: «Racist beliefs that a white woman would not voluntarily have intercourse with a Black man result in a massive excess of credibility being afforded to white women who report being raped by a Black man».

¹⁴ Fricker and Jenkins (2017) argue that this situation leads to a preservation of ignorance and cite as an example the case of trans experience that only recently began to make sense.

ness, which in turn makes us even more confident in our low plausibility ratings»¹⁵. These considerations suggest that while hermeneutical and testimonial injustices are distinct, they often cannot be separated and defined in isolation—in reality, they reinforce each other.

The idea that hermeneutical injustice can manifest itself in combination with testimonial injustice is already clear in Fricker's initial writings, as seen in the passages quoted above. However, it becomes more apparent when Fricker (2013; 2016) responds to critics who contended that marginalized groups have distinct ways of functioning, and it may be that some are more articulate than others and rely on localized interpretative practices that give meaning to their experiences¹⁶. Some groups develop concepts and meanings to represent their social experiences; the problem, however, is that they are unable to share these interpretive resources with members of dominant groups. Addressing these critiques, Fricker (2013, p. 1319) takes the opportunity to advance the concept of hermeneutical injustice, saying that it is an «internally diverse» phenomenon. Accordingly, there are cases of «maximal» hermeneutical injustice, in which a person is not able to make sense of her own experience¹⁷. But other situations approach a «midway» scenario, in which a person can make sense of her own experience to herself and to members of her social group, but is incapable of sharing it with members of other relevant groups—for instance, legal authorities.

The previous explanation clarifies that hermeneutical gaps can be located at various points along a continuum. At the extreme, no interaction is necessary to give rise to the epistemic injustice, for it affects a person's own ability to make sense of her experience. Yet, when the gap is located at some intermediate point, a person can make sense of her experience within her social group, but cannot share it with members of more distant social groups. In these situations, especially when the testifier faces systematic identity prejudice, hermeneutical injustice arises within a communicative context and often becomes intertwined with testimonial injustice¹⁸. This compound

¹⁵ Jones (2002) is interested in exploring the problem of credibility in respect to astonishing reports. She begins with a case study of Fauziya Kassindja's story. Kassindja was an asylum-seeker in the United States who had fled Togo to avoid being forced into a polygamous relationship and genital mutilation. Judge Donald Ferlise, from the Immigration and Naturalization Service, judged her testimony to be non-credible; and Jones (2002, p. 160) identifies in his judgment the occurrence of the dynamics of runaway reductions.

¹⁶ See Medina, (2011; 2012; 2013); Mason (2011); and Pohlhaus, Jr. (2012). These critics have also argued that the deficit of intelligibility in these cases might have an agential or intentional component in addition to a structural one. Fricker (2017, pp. 54-57), however, replies that intentional epistemic harms are not the kind she intended to capture with her concept of hermeneutical injustice (see Herdy and Castelliano, 2023).

¹⁷ These are the stories of Wendy Sanford and Carmita Wood, which Fricker extracts from Susan Brownmiller's book, *In Our Time: Memoir of a Revolution* (1990). In the 1960s, there was a conceptual lacuna in the interpretive resources available that prevented these women from understanding their experiences of post-partum depression and sexual harassment, respectively.

¹⁸ I contend that cases of maximal hermeneutical injustice, where individuals lack the concepts to understand their own experiences, do not align with the typical cases that come before the courts. This

form of epistemic injustice is what best describes Picinali's examples. Thus, using Picinali's description, it is appropriate to say that, regarding the assessments of relevance and probative value, a *double epistemic injustice* occurs when «the stock of knowledge that a party in the proceedings has *qua* member of a social group is ignored or discounted due to the adjudicator's identity prejudice against that group».

Testimonial injustice *per se* has a more basic structure that could have been explored by Picinali in his attempt to offer a general framework for diagnosing this kind of epistemic injustice in evidential reasoning. The deflation of a person's credibility when attempting to communicate information that would otherwise be perfectly intelligible and supported by the evidence available is what best captures the occurrence of this phenomenon *simpliciter*. Likewise, he could have offered less intricate examples. A case that illustrates testimonial injustice *per se* would be a party testifying to ordinary, commonsensical information (which in turn is supported by the evidence) and not being believed because she is Black or Brown, Hispanic, Muslim, trans, and so on. Think of a situation in which a Muslim suspect or defendant says he has never been in a certain place, and such information is corroborated by other pieces of evidence¹⁹—a situation analogous to that of Alexandre, with which we started the discussion of this section; yet the information is discredited. It is precisely in these cases, in which the ordinary information would be believed if it were offered by a person against whom no identity prejudice exists, that testimonial injustice has its bite. The fact of never being in a certain place is not the type of information whose intelligibility depends on any stock of knowledge. This situation would simply go unnoticed under Picinali's framework²⁰.

is due to the dynamics of judicial proceedings. Both the complainant and the defendant must be able to provide arguments that employ legally plausible concepts and interpretations. For this to occur, it is essential for the complainant and the defendant to have means to comprehend their own experiences sufficiently to convey them to an attorney, who will then attempt to fit them under a plausible legal framework. See Herdy & Castelliano (2023).

¹⁹ The case I have in mind is that of Brandon Mayfield, an American attorney who was arrested, imprisoned, and subjected to search and surveillance by the United States Federal Bureau of Investigation (FBI). Mayfield was mistakenly identified as the source of a fingerprint found in a bag of detonators near the scene of the 2004 Madrid bombings. He testified that he had not traveled outside the country for many years, and his testimony was corroborated by evidence that his passport had expired. Investigators, however, dismissed his wording, arguing that he probably traveled under a false name. Mayfield was a Muslim, married to an Egyptian woman, and has previously offered legal assistance in a case of custody to an immigrant convicted of terrorism. See Kassir *et al.* (2013).

²⁰ Picinali (p. 213) recognizes that a testimonial injustice in evidential reasoning may occur when the speaker gives a testimony that is not based on her stock of knowledge. The example he offers, however, is that of a *witness* offering perceptual testimony. He then says he will not focus on cases like this because he wants to connect testimonial injustice with the right to a fair trial. Here I am calling attention to a case in which the *party* suffers a prejudicial credibility deficit regarding the transmission of intelligible information. The relationship between the epistemic wrong inflicted on the defendant—for having her testimony prejudicially discredited when presenting intelligible information—and the right to a fair trial is straightforward.

I want to conclude this section with a remark regarding the consistency of Picinali's theorizing in light of the second-order assumption he wants to denounce. As said, his work is premised on a critical view of evidence law's resistance in admitting that a plurality of worldviews might inform the assessments of relevance and probative value. Now, if this is the problem he wants to address, which is inherently interpretive, then it would have been more effective for him to discuss hermeneutical injustices in evidential reasoning instead. But although Picinali did not frame his theorizing in this way, this is what he tacitly did—I believe his theoretical framework represents midway situations of hermeneutical injustice, which ultimately becomes cases of double epistemic injustice. The testimonial injustice identified by Picinali is just one side of the coin.

3. BEYOND CREDIBILITY DEFICITS, COMPLAINANTS, AND DEFENDANTS

In the previous section I argued that the *intricacy* of Picinali's theoretical framework compromises its purported general scope. It applies neatly to cases of double epistemic injustice (which refer to the simultaneous occurrence of testimonial and hermeneutical injustices), but leaves out cases of testimonial injustice *per se*. To support this argument, I explored Fricker's concept of hermeneutical injustice, showing that it refers to a multifarious phenomenon that can reveal itself along many dimensions. I did so to show that Picinali's framework described and exemplified the occurrence of midway cases of hermeneutical injustice, in which intelligibility and credibility deficits are mutually dependent. Now I want to argue that the *non-relational* aspect of Picinali's framework also compromises its scope. My argument here is twofold. On the one hand, to the extent that he chooses not to deal with credibility excesses, Picinali's framework fails to capture cases of agential testimonial injustice in the adjudicator's assessments of relevance and probative value; on the other hand, to the extent that he concentrates on the epistemic wrongs suffered directly by the parties, it also fails to detect cases of *ricocheted* testimonial injustice that might result in a violation of the right to a fair trial. I presume that Picinali overlooks the importance of both credibility excesses and the epistemic wrongs that other participants in the proceedings may experience because he does not fully appreciate the dynamics of the economy of credibility in the judicial context.

Let me start by recalling the real case of Alexandre from a different angle. As said, Alexandre was a Brown defendant prosecuted for robbery. The police arrived at him because the car used to carry out the crime was registered under his name. Alexandre's testimony suffered a credibility deficit despite the existence of non-testimonial evidence that corroborated his version of the facts—*i. e.*, digital evidence, which con-

sisted of an audio recording of his conversation with friends at the time of the crime, and documentary evidence, which consisted of a request to transfer ownership of the car. In the previous section, I argued that Alexandre's case exemplifies the occurrence of testimonial injustice *simpliciter*. I wanted to show that a testimonial injustice can occur even when the information being transmitted by the party is not related to a specific stock of knowledge. But now, from a different angle, I want to argue that this case also manifests a distinct kind of testimonial injustice, one in which credibility excess plays a fundamental role. Moreover, it also shows how a credibility excess attributed to a witness might *ricochet* and affect the adjudicator's assessments of the relevance and probative value of the defendant's testimony.

Alexandre's guilty verdict was grounded on two eyewitness misidentifications that received an excess of credibility despite the epistemic fragility of the conditions in which they were obtained. The two victims who misidentified Alexandre were first shown a single photo of him rather than an array with fillers resembling their description of the perpetrator; afterwards, one of the victims misidentified the defendant again, now allegedly in the manner provided for in Article 226 of the Brazilian Code of Criminal Procedure (*i. e.*, through a live line-up procedure in the police station). At last, the first victim who had identified Alexandre twice was called to repeat the eyewitness identification a third time, now on a trial session held three years after the date of the crime. Surprisingly, the court that convicted Alexandre highlighted the fact that, at the time of the final identification in court, «the victim recognized him, without the slightest doubt, as one of the perpetrators of the crime» (Superior Court of Justice of Brazil, HC 790.250/ RJ 2022/0392898-1, p. 152). The credibility excess attributed to the testimony of the victims represents a case of «agential testimonial injustice». Jennifer Lackey (2024, p. 57) explains that «a speaker is the victim of agential testimonial injustice when testimony is extracted from her in a way that bypasses, exploits, or subverts her epistemic agency and is then given an unwarranted excess of credibility». This is a kind of testimonial injustice that Lackey conceived to account for situations that typically emerge in the context of the criminal justice system; but surprisingly, it does not align with Picinali's general theoretical framework.

The idea of epistemic agency refers to the capacity of individuals to form beliefs and decide based on reasons and evidence. In Alexandre's case, there was a preliminary situation in which the epistemic agencies of the victims were manipulated by the police officers with the objective of extracting information—both at the show-up and line-up procedures; then, they were granted a credibility excess. The manipulation of the victims' epistemic agencies occurred due to three factors: the show-up of a single photo, which funneled their selection into a pathway that led directly to Alexandre; the conduct of a live line-up after a prior exposure to the defendant's image, making it more likely that the victims would recognize Alexandre again; and, finally, the repetition of the identification procedure in court, long after the crime. The subsequent step, as Lackey suggests, is an unwarranted attribution of credibility to such testimonies. This, in turn, can operate in the following ways: «eyewitness

testimony is *weighed too heavily*; it is *resistant to counterevidence*; it *distorts other evidence*; and it *blocks the seeking, gathering, and proper interpretation of additional evidence*» (Lackey, 2024, p. 87). In the case of Alexandre, what stands out is not only the high weight attributed to the second witness' confidence after having carried out repeated identifications of the defendant and long after the crime (as indicated by the wording of the verdict above), but also the adjudicator's resistance to admit contrary non-testimonial evidence. The victims' epistemic agency could have been preserved in this case if legal authorities had conducted the procedures in accordance with the psychological evidence on how to ensure reliable eyewitness identifications²¹. Using suggestive methods that contaminate the memory of victims for the purpose of extracting testimonies that will then receive a high degree of credibility generated an agential testimonial injustice.

Weakening the epistemic agency of a person is in itself an epistemic wrong; but it is arguable whether giving her a credibility excess in these situations can also be regarded as inflicting epistemic harm. After all, receiving a credibility excess is normally advantageous²². In developing the concept of agential testimonial injustice, however, Lackey argues that an excess of credibility attributed to a testimony extracted under conditions of undermined epistemic agency also causes an epistemic harm to the speaker. The person is epistemically wronged because «her status as a knower is reduced to what she reports only under conditions devoid of, or with diminished, epistemic agency» (Lackey, 2023, p. 63). It is as if the punitive legal authority said: «I value your testimony positively only when I have undermined your ability to form beliefs and make decisions based on reasons and evidence». So, in agential testimonial injustice the speaker suffers *two* epistemic wrongs—first, when her testimony is extracted; and second, when the extracted testimony is given an excess of credibility²³.

The notion of agential testimonial injustice was initially developed by Lackey (2020) to account for the phenomenon of false confessions; but it has now been expanded to capture many other instances in which a speaker is granted an excess of credibility in situations in which her epistemic agency has been debilitated²⁴. In the case of false confessions, given that the speaker is the suspect who later becomes the defendant, it is easy to see that the epistemic wrong she suffers will ultimately

²¹ See Lin *et al.* (2019); also, Garret (2011, pp. 45-83).

²² Fricker (2007, pp. 20-21) recognizes that it is possible to see a special case of testimonial injustice when a person receives a credibility excess, but only in its «cumulative» form. This happens, for instance, when a person's character gets corrupted by the excess of trust that people place in her *in the long run*. However, she denies that there can be any instance in which excess constitutes an epistemic harm. Cf. Davis (2016).

²³ See Lackey (2023, p. 96).

²⁴ In *Criminal Testimonial Injustice* (2023), Lackey explores the agential testimonial injustice that suspects, defendants, witnesses, and victims suffer in all stages of the United States criminal justice system. She begins by analyzing confessions and eyewitness identifications, but then proceeds to other institutional practices: guilty pleas, recantations of sexual violence, and sentencing hearings and parole boards.

result in a violation of her right to a fair trial. The suspect confesses to a crime she did not commit—after being lied about the presence of incriminating evidence or sleep deprived for days; afterwards, when she retracts, under conditions of proper epistemic agency, her recanting words are ignored or discounted. The consequence is that her first confession receives a credibility excess that results in *her* being wrongly convicted²⁵. However, in the case of eyewitness misidentifications, the dynamics of credibility are more complex. The speaker's epistemic agency may be undermined with the aim of extracting her testimony, which is then overly credited; however, these epistemic wrongs will not cause her any *legal* wrong. At most, if the eyewitness is also the victim, the excess of credibility given to her corrupted epistemic agency will not lead to the prosecution of the true offender.

I suspect this is why Picinali was reluctant to include instances of agential testimonial injustice in his analysis, especially when the credibility excess is attributed to agents beyond the involved parties. I refer here to the following passage:

Unlike the standard notion of testimonial injustice, agential testimonial injustice involves a credibility excess. [...] In this article I will work with the standard notion only, but my considerations concerning participation and trial fairness may well apply to cases of agential testimonial injustice suffered by the defendant or the complainant». (p. 204, n. 6)

To be sure, Picinali's reluctance to include other agents extends beyond instances of agential testimonial injustice (credibility excess). His broader concern about the connection between testimonial injustice in evidential reasoning and the concept of trial fairness also explains his decision not to include cases of standard testimonial injustice (credibility deficit) when experienced by epistemic agents other than the parties. I refer to the following passage:

[I]n this article I focus on the testimonial injustice suffered by the defendant and the complainant, as opposed to other participants. This is because, as I will discuss later, the defendant and the complainant are owed opportunities to participate in the enterprise of fact finding; and undermining these opportunities, as testimonial injustice does, is relevant to whether evidential reasoning and the trial were fair under art. 6 ECHR. Since my aim is to show that evidential reasoning can be unfair due to testimonial injustice, I need not look beyond the cases of the defendant and of the complainant. (p. 213)

Picinali admits that one could argue that the party's opportunity to participate in the trial may be negatively affected if a witness presented on their behalf suffers an epistemic injustice. He also admits this scenario would be unfair. However, «[w]hile reasonable»—he adds—this is not an argument I will pursue here» (p. 213, n. 32).

In what follows, I will attempt to sketch the argument Picinali chose not to pursue. As mentioned at the beginning of this section, I believe his framework overlooks the legal significance of both credibility excesses and the epistemic harms experi-

²⁵ Fricker (2023) characterizes these processes as examples of «institutional testimonial injustice», which result from an institutional epistemic vice.

enced by agents other than the parties in the proceedings because he does not fully appreciate the dynamics of the economy of credibility within the judicial context.

It is true that Fricker (2007, p. 20) initially claimed that credibility was a kind of epistemic good that does not function according to a distributive model of justice. Epistemic goods that are finite and can be unfairly distributed—*i. e.*, delivered in deficit or in excess—are «those for which there is, or may soon be, a certain competition»; but credibility, she contends, «is not generally finite in this way, and so there is no analogous competitive demand to invite the distributive treatment». Contrary to Fricker's view, Medina (2011; 2021) and Lackey (2020) have argued that credibility is an epistemic good that may assume a distributive character—and this appears to be especially true of the judicial context, which is adversarial in nature. Complainants and defendants are competing over who offers the most credible version of the facts. Believing more in one of the narratives implies disbelieving the other, to the exact extent. Lackey's recent book, which has been titled *Criminal Testimonial Injustice*, is clear in recognizing the distributive dimension of credibility assessments in the judicial context: «Imagine a court of law: the evidence being presented from the prosecution is often in direct opposition to that offered by the defense. To side with one is necessarily to side against the other» (2023, p. 27)²⁶.

To fully appreciate the relational character of credibility assessments in judicial context, it is necessary to see not only the interaction between the complainant and the defendant; but also include what happens in the assessments of the testimony offered by other participants in the proceedings—both in terms of deficit and excess of credibility²⁷. Take the case of (lay or expert) witnesses who provide testimony on behalf of one of the parties. If their testimonies are prejudicially discounted, the corresponding party may suffer a *ricocheted harm* as a result. A ricocheted harm can be understood as the secondary, or indirect effect of a wrong that rebounds after its initial occurrence. For instance, when an expert witness is discredited due to an identity or other type of prejudice (*e. g.*, because she is woman, Black, immigrant, etc.), she is certainly the direct target of a testimonial injustice; however, the party that would eventually benefit from the information she attempted to communicate also suffers an indirect, ricocheted harm—in this case, a legal harm. This is also true when the expert witness receives a credibility excess (*e. g.*, because of the mere fact that she is an authority in her field). Lackey (2018) calls this last type of epistemic injustice «expert excess testimonial injustice»; and illustrates its workings with the cases of Shaken Baby

²⁶ Medina (2011, p. 18) has also emphasized that credibility assessments are «comparative and contrastive».

²⁷ Lackey (2023, p. 145) says Fricker's view of credibility assessments and epistemic harm represents a «one-directional model»; she thus proposes a «multi-dimensional» or «multi-directional» model as follows: «On this model, the wrongs inflicted upon speakers do not involve a linear regression of deficits leading to an ever-increasing discounting of credibility, but a multi-directional attack that twists and turns, resulting in excesses and deficits that perpetrate injustice alike» (p. 148).

Syndrome convictions²⁸. So, from the standpoint of the parties, they may be subject to a ricocheted harm when a testimony that increases the likelihood of their factual hypothesis is prejudicially discredited; or, conversely, when a testimony that decreases it is given an excess of credibility. It seems clear that in both situations there is an unfair assessment of the probative value of a piece of evidence, which in turn may affect a party's right to a fair trial.

Ultimately, this relational view of testimonial injustice, which takes into account the epistemic wrongs borne by all agents that convey information in the proceedings, expands upon Picinali's (p. 222) pluralistic understanding of trial fairness. A pluralistic view of fairness should be concerned not only with the opportunities for participation of both parties, but also with the *means* those parties have to support their claims. Why should the «opportunity for meaningful participation [...] in the epistemic enterprise of fact-finding» (p. 222) be limited to an analysis of the form of participation that consists solely of the testimony of the parties—in other words, the defendant and (to a certain extent) the complainant? Testimony provided by the parties themselves is not the only means to support or refute their factual claims in the proceedings. Trial fairness also depends on how the testimonies of other agents in the proceedings are treated. Picinali's decision not to look beyond the testimony of the defendant and the complainant should thus be reconsidered in view of a more profoundly pluralistic view of trial fairness; for the testimonies of witnesses, experts, and victims may serve as important avenues through which the parties themselves effectively participate in the process of fact finding. When their testimony is discredited or overvalued due to an identity prejudice, the epistemic harm they suffer will ricochet and affect a party's opportunity to rely on them.

Unfortunately, I do not have space to elaborate on this last point. However, I hope to have sketched the dynamics through which testimonial injustices practiced against epistemic agents other than the parties in the proceedings will ultimately ricochet or rebound to the parties themselves, thereby violating their right to a fair trial. This leads me to conclude that the non-relational aspect of Picinali's theoretical framework, which is evident in his choice not to address cases of credibility excess and ricocheted harms suffered by parties, also undermines its purported generality.

4. CONCLUSION

I have argued that Picinali's intricate and non-relational way of theorizing about testimonial injustice in evidential reasoning seems inconsistent with the underlying objective of his work. His allegedly general theoretical framework does not

²⁸ See also Tuerkheimer (2015). To make clear, Lackey's understanding of social identity and its relationship to prejudicial stereotypes is not limited to aspects such as race and gender. See Lackey (2018, p. 156).

seem to be general enough to capture different forms of manifestation of testimonial injustice in the assessments of relevance and probative value. Two reasons have been offered to support this conclusion. First, Picinali's focus on the idea of stock of knowledge offers an intricate manifestation of the phenomenon, leaving aside cases of testimonial injustice *simpliciter*. Second, he fails to consider the dynamics of credibility in judicial proceedings, thus overlooking the importance of cases of credibility excess and how epistemic wrongs caused to other agents may ricochet to the parties, causing them an epistemic and, most importantly, a legal wrong. It is argued that Picinali's framework can be improved by adopting a description of testimonial injustice in the assessments of relevance and probative value that is *less intricate* and *more relational*.

Certainly, Picinali will object to my analysis by reminding that he explicitly cautioned that his framework was construed to represent sufficient, rather than necessary conditions. Because these conditions are sufficient, his description does not need to include the cases of testimonial injustice per se that I exemplified in section 2—nor (for that matter) the compound ones. Likewise, it does not need to include the cases of agential testimonial injustice that I have explained in section 3. Indeed, Picinali's strategy of providing *sufficient* conditions to describe a given phenomenon is consistent with the aim of creating a theoretical framework that, when applied in practice, ensures the phenomenon is captured, while remaining flexible enough to accommodate possible variations. However, the positing of a sufficient condition that nevertheless represents an intricate and narrow manifestation of the phenomenon might result in a scheme that misses the bulk of cases.

This reply is lacking in two respects. First, I did not discuss Picinali's suggested measures for treating and, more importantly, preventing testimonial injustices in evidential reasoning. Second, I did not propose an alternative to his supposedly general theoretical framework. And so, I would like to conclude by briefly mentioning these unexplored topics—areas I hope to explore in future opportunities. As for the first point, I believe one potential avenue not mentioned is to investigate how experts, such as sociologists, psychologists, and cultural anthropologists, can assist adjudicators in bridging interpretive gaps. These experts can offer a kind of *framework evidence* with contextual background to assist adjudicators in grasping the marginalized experiences presented as evidence (Tuerkheimer, 2023)²⁹. As for the second point, of course, I do not have a better general theoretical framework to offer as an alternative to Picinali's. However, to be practically useful, I believe a more general description of testimonial injustice in the context of evidential reasoning should consider both simple and compound cases; situations involving a deficit as well as an excess of credibility; and instances where parties experience a direct as well

²⁹ For an understanding of framework evidence, see Monahan *et al.* (2009). I recognize that needing to bring in an expert to explain a social experience of a marginalized group may also constitute a type of epistemic injustice. One way to address this would be to involve *amicus curiae*, although this may not work in the everyday reality of litigation.

as a ricocheted epistemic harm. It would have been interesting to see how Picinali might have refined his framework to account for these multiple manifestations of testimonial injustice in evidential reasoning.

BIBLIOGRAPHY

- Arcila-Valenzuela, M. and Páez, A. (2022). Testimonial Injustice: The Facts of the Matter. *Review of Philosophy and Psychology*. <https://doi.org/10.1007/s13164-022-00662-w>
- Coloma, R. and Rimoldi, F. (2023). ¿Es útil el concepto de injusticia epistémica para los procedimientos penales? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 9(1), Article 1. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.789>
- Davis, E. (2016). Typecasts, Tokens, and Spokespersons: A Case for Credibility Excess as Testimonial Injustice. *Hypatia*, 31(3), 485-501. <https://www.jstor.org/stable/44076488>
- Dotson, K. (2012). A Cautionary Tale: On Limiting Epistemic Oppression. *Frontiers: A Journal of Women Studies*, 33(1), 24-47. <https://doi.org/10.5250/fronjwomestud.33.1.0024>
- Fricker, M. (2007). *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198237907.001.0001>
- Fricker, M. (2013). Epistemic Justice as a Condition of Political Freedom? *Synthese*, 190(7), 1317-1332. <https://doi.org/10.1007/s11229-012-0227-3>
- Fricker, M. (2016). Epistemic Injustice and the Preservation of Ignorance. In R. Peels and M. Blaauw (Eds.), *The Epistemic Dimensions of Ignorance* (pp. 160-177). Cambridge University Press.
- Fricker, M. (2017). Evolving Concepts of Epistemic Injustice. In I. J. Kidd, J. Medina and G. Pohlhaus, Jr. (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Routledge & CRC Press. <https://www.routledge.com/The-Routledge-Handbook-of-Epistemic-Injustice/Kidd-Medina-PohlhausJr/p/book/9780367370633>
- Fricker, M. (2023). Institutionalized Testimonial Injustice. *Journal of Dialectics of Nature*, 45(7). <https://jdn.ucas.ac.cn/english/browse/moreview/id/836#>
- Fricker, M. and Jenkins, K. (2017). Epistemic Injustice, Ignorance, and Trans Experiences. In A. Garry, S. J. Khader and A. Stone (Eds.), *The Routledge Companion to Feminist Philosophy* (pp. 268-278). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315758152-23>
- Gonzales Rose, J. (2021). Race, Evidence, and Epistemic Injustice. In C. Dahlman, A. Stein and G. Tuzet (Eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Herdy, R. and Castelliano, C. (2023). ¿Existen injusticias hermenéuticas en el derecho?: Una lectura realista de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 9(1), 101. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8886377>
- Jenkins, K. (2017). Rape Myths and Domestic Abuse Myths as Hermeneutical Injustices. *Journal of Applied Philosophy*, 34(2), 191-205. <https://doi.org/10.1111/japp.12174>
- Kassin, S. M., Dror, I. E. and Kukucka, J. (2013). The Forensic Confirmation Bias: Problems, Perspectives, and Proposed Solutions. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 2(1), 42-52. <https://doi.org/10.1016/j.jarmac.2013.01.001>
- Lackey, J. (2018). Credibility and the Distribution of Epistemic Goods. En K. McCain (Ed.), *Believing in Accordance with the Evidence: New Essays on Evidentialism* (pp. 145-168). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-95993-1_10
- Lackey, J. (2020). False Confessions and Testimonial Injustice. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 110(1), 43. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclcvol110/iss1/4>
- Lackey, J. (2022). Eyewitness testimony and epistemic agency. *Nous*, 56(3), 696-715. <https://doi.org/10.1111/nous.12380>
- Lackey, J. (2023). *Criminal Testimonial Injustice*. Oxford University Press.

- Lin, W., Strube, M. J. and Roediger, H. L. (2019). The Effects of Repeated Lineups and Delay on Eyewitness Identification. *Cognitive Research: Principles and Implications*, 4(1), 16. <https://doi.org/10.1186/s41235-019-0168-1>
- Mason, R. (2011). Two Kinds of Unknowing. *Hypatia*, 26(2), 294-307. <https://www.jstor.org/stable/23016547>
- Matida, J. and Garcez, R. (2023). O HC n. 712.781/RJ e o aperfeiçoamento epistêmico da prova de reconhecimento. In A. Borges, C. Verano and S. Siciliano. *Homenagem ao Ministro Rogerio Schiatti – 10 Anos de STJ* (pp. 462-474). Migalhas.
- McGlynn, A. (2020). Objects or Others? Epistemic Agency and the Primary Harm of Testimonial Injustice. *Ethical Theory and Moral Practice*, 23(5), 831-845. <https://doi.org/10.1007/s10677-020-10078-z>
- Medina, J. (2011). The Relevance of Credibility Excess in a Proportional View of Epistemic Injustice: Differential Epistemic Authority and the Social Imaginary. *Social Epistemology*, 25(1), 15-35. <https://doi.org/10.1080/02691728.2010.534568>
- Medina, J. (2012). Hermeneutical Injustice and Polyphonic Contextualism: Social Silences and Shared Hermeneutical Responsibilities. *Social Epistemology*, 26(2), 201-220. <https://doi.org/10.1080/02691728.2011.652214>
- Medina, J. (2013). *The Epistemology of Resistance: Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice, and Resistant Imaginations*. Oxford University Press. <https://global.oup.com/academic/product/the-epistemology-of-resistance-9780199929047?cc=cl&lang=en&>
- Medina, J. (2021). Agential Epistemic Injustice and Collective Epistemic Resistance in the Criminal Justice System. *Social Epistemology*, 35(2), 185-196. <https://doi.org/10.1080/02691728.2020.1839594>
- Medina, J. and Whitt, M. S. (2021). Epistemic Activism and the Politics of Credibility: Testimonial Injustice Inside/Outside a North Carolina Jail. En *Epistemic Activism and the Politics of Credibility: Testimonial Injustice Inside/Outside a North Carolina Jail* (pp. 293-324). SUNY Press. <https://doi.org/10.1515/9781438482392-013>
- Monahan, J., Walker, L. and Mitchell, G. (2009). The Limits of Social Framework Evidence. *Law, Probability and Risk*, 8(4), 307-321. <https://doi.org/10.1093/lpr/mgp020>
- Omar Jalloh, T. (2022). Does the Critical Scrutiny of Drill Constitute an Epistemic Injustice? *The British Journal of Aesthetics*, 62(4), 633-651. <https://doi.org/10.1093/aesthj/ayac041>
- Owusu-Bempah, A. (2022). The Irrelevance of Rap. *Criminal Law Review*, 2, 130-151. <https://doi.org/10.3316/agispr.20220131061222>
- Páez, A. and Matida, J. (2023). Editorial of dossier Epistemic Injustice in Criminal Procedure. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 9(1). <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.821>
- Picinali, F. (2024). Evidential Reasoning, Testimonial Injustice and the Fairness of the Criminal Trial. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, 6, 201-235. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i6.22888
- Pohlhaus, G. (2012). Relational Knowing and Epistemic Injustice: Toward a Theory of Willful Hermeneutical Ignorance. *Hypatia*, 27(4), 715-735. <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2011.01222.x>
- Tuerkheimer, D. (2015). *Flawed Convictions: «Shaken Baby Syndrome» and the Inertia of Injustice*. Oxford University Press.
- Tuerkheimer, D. (2017). Incredible Women: Sexual Violence and the Credibility Discount. *University of Pennsylvania Law Review*, 166(1), 1-58. <https://www.jstor.org/stable/45154929>
- Tuerkheimer, D. (2023). Victim, Reconstructed: Sex Crimes Experts and the New Rape Paradigm (SSRN Scholarly Paper 4591233). <https://doi.org/10.2139/ssrn.4591233>
- Twining, W. (Ed.). (2006). The Rationalist Tradition of Evidence Scholarship. In *Rethinking Evidence: Exploratory Essays* (pp. 35-98). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511617249.004>

Cases and legislation

Brazil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm

European Convention on Human Rights (1950). https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG

Superior Court of Justice of Brazil (2022). *Habeas Corpus 790.250/RJ* (2022/0392898-1). <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/desrespeito-regras-cpp-invalida.pdf>

A CRITICAL PERSPECTIVE ON TESTIMONIAL INJUSTICE: INTERROGATING WITNESSES' CREDIBILITY EXCESS IN CRIMINAL TRIALS. A COMMENT ON FEDERICO PICINALI'S «EVIDENTIAL REASONING, TESTIMONIAL INJUSTICE AND THE FAIRNESS OF THE CRIMINAL TRIAL»

Jasmine B. Gonzales Rose

Professor of Law

Boston University

jgrose@bu.edu

ABSTRACT: This paper offers a critical race theory perspective on the testimonial injustice experienced by racially minoritized criminal defendants in evidential practice. It builds off Federico Picinali's paper, *inter alia*, substantiating how minoritized criminal defendants experience testimonial harm through credibility deficit, by exploring epistemic injustice to the same when prosecutorial witnesses receive identity-based credibility excess. It argues that in an adversarial criminal legal system, the testimonial injustice of credibility excess afforded racial in-group prosecutorial witnesses should be considered in tandem with the testimonial injustice of credibility deficit imposed on racial out-group defendants. Only then can the epistemic harm and resultant unfairness at trial for defendants be fully assessed. The paper advocates for expanding the definition of testimonial injustice to encompass the epistemic wrong of socially biased credibility excess and «transferred epistemic harm». In instances of transferred epistemic harm, the harm inflicted by an epistemic wrong impacts the speaker's interlocutor rather (or more) than the speaker themselves.

KEYWORDS: epistemic injustice, testimonial injustice, critical race theory, evidential reasoning, criminal trials.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.— 2. TESTIMONIAL INJUSTICE AS CREDIBILITY DEFICIT OR EXCESS.— 3. CRITICALIST APPROACH TO TESTIMONIAL INJUSTICE.— 4. CONCLUSION.— BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCTION

Federico Picinali's paper, «Evidential Reasoning, Testimonial Injustice, and the Fairness of the Criminal Trial» (2023), persuasively identifies and examines testimonial injustice where lay and professional adjudicators evaluate testimony based on their limited stock of knowledge and fail to recognize, consider, and ultimately hear gendered, racialized, and classed experiences. He contends that adjudicators privilege one stock of knowledge in evidential inquiry, without recognizing that knowledge is variable and other stocks of knowledge exist. This diminishes adjudicators' belief in traditionally subordinated speakers' lived experiences and contributes to epistemic injustice that results in unfair trial outcomes. For instance, Picinali effectively explains how testimonial injustice is apparent in the way adjudicators interpret evidence of Black flight from or silence while in the presence of law enforcement as indicative of consciousness of guilt rather than as a reasonable reaction and effort to protect oneself from racist policing practices.

Picinali emphasizes the deflated credibility afforded minoritized defendants and complainants in the criminal process. Such emphasis is reasonable since testimonial injustice is traditionally understood to arise from an unfair assessment that a subject lacks credibility. He identifies how factfinders assess evidence through their dominant identity-based viewpoints to the detriment of out-group defendants and complainants. While beyond the scope of his paper, the undeserved credibility boost afforded racially privileged prosecutorial witnesses is an important and overlooked part of evaluating testimonial injustice in the criminal evidence context. This is all the more true in adversarial legal systems, such as in the United Kingdom and the United States, where an unfair credibility boost harms the opposing party.

My paper seeks to supplement Picinali's exploration of the credibility deficit suffered by racially minoritized criminal defendants by exploring racialized credibility excess, an epistemic wrong that is frequently bestowed on the prosecution's witnesses and can often lead to epistemic harm and unfair criminal adjudications. Inspired by Picinali's observation that adjudicators rely on their own privileged knowledge and therefore fail to consider subordinated peoples' knowledge about how systems of subordination play out and are experienced, I consider how scholars similarly draw upon reservoirs of dominant knowledge about how racism operates and neglect to consider how privilege limits their own ability to recognize racialized epistemic wrongs and harms. This exploration builds off the work of José Medina (2011) who has sought to expand Miranda Fricker's (2007) definition of testimonial injustice to include credibility excess. This paper applies a critical race theory lens to the ad-

versarial criminal legal system to engage and test the bounds of Fricker's claim that testimonial injustice manifests as credibility deficit, not as a credibility excess.

As originally imagined, testimonial injustice comprises only the epistemic wrong and harm to a speaker's credibility *qua* knower in terms of a credibility deficit. This wrong and harm are customarily understood as individualized, affecting only the speaker. At trial, the speaker's race is all too often relied upon to determine credibility (Capers, 2019, p. 890). In the context of the criminal trial, where the accused tends to come from a racially subordinated social group and the primary prosecutorial witness tends to come from a racially privileged social group, there can be dual forms of testimonial injustice which occur simultaneously: the accused's credibility deficit and the prosecution witness's credibility excess. I argue that both are forms of testimonial injustice which harm the criminal defendant¹. I propose a more inclusive working definition of testimonial injustice, one that encompasses the epistemic harm caused by giving privileged speakers an undeserved credibility surplus. I urge legal scholars and adjudicators to recognize how epistemic injustice can involve transferring epistemic harm to an interlocutor.

The criminal trial is a unique epistemic domain because the credibility economy is artificially constrained due to adversarial knowledge dynamics. Consequently, in criminal trials, credibility excess can lead to testimonial injustice with clearly identifiable proximate and multifaceted impacts that teach us valuable lessons about epistemic injustice and warrant deeper inquiry.

2. TESTIMONIAL INJUSTICE AS CREDIBILITY DEFICIT OR EXCESS

In the ground-breaking book, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, Miranda Fricker (2007) coined the term «epistemic injustice», describing it as a wrong against someone in their capacity as a knower (p. 44). Fricker identified «testimonial injustice» as one of two primary forms of epistemic injustice «wherein a speaker receives an unfair deficit of credibility from a hearer owing to prejudice on the hearer's part» (p. 9). Fricker acknowledges that prejudice can inflate or deflate the credibility of a speaker but discusses few significant harms resulting from cre-

¹ A similar phenomenon can occur in trials where there is no racially-minoritized defendant, such as when a relatively racially-privileged police officer or vigilante is prosecuted for killing a racially-minoritized victim of color. An example of this occurred in the prosecution of White-Hispanic George Zimmerman for the shooting death of a Black youth, Trayvon Martin, where the prosecution's Black witness's race and racialized attributes were relied upon to diminish her credibility as a witness and the defendant's race and engagement in dominant racial narratives was used to increase his credibility (Capers, 2019, pp. 893-94). In the civil rights context, Anne E. Ralph (2024), has observed that qualified immunity for public officials, like police officers, «grants defendants a credibility excess and relegates plaintiffs to a status as lesser knowers» (p. 1362).

dibility excess (p. 18). Thus, the original definition of testimonial injustice set by Fricker requires 1) a wrong 2) against a speaker 3) due to negative identity prejudice 4) resulting in an unfair credibility deficit. This definition does not imagine that an epistemic wrong to a speaker based on credibility excess could exist, much less harm an interlocutor.

A few scholars have argued for expanding the definition of testimonial injustice to include epistemic harms which stem from credibility excess. For instance, Emmalon Davis (2016) has explored how «positive» stereotypes harm speakers (p. 3). She theorizes that an identity prejudice credibility excess occurs when a speaker is assessed as credible with respect to some bit of knowledge on the basis of prejudicial stereotypes associated with the speaker's social identity. She posits various harms that can result, including essentializing people from certain social groups which impacts their ability to speak as individuals or be adequately heard on topics that diverge from stereotypes. Sarah Lackey (2023) has advocated for «agential testimonial injustice» to be recognized in the false confession context where «testimony is extracted from speakers in a way that bypasses, exploits, or subverts their epistemic agency and is then given an unwarranted excess of credibility» (p. 32). Lisa Washington (2022) has further applied agential testimonial injustice to the family regulation system where «[s]urvivors are affected by testimonial injustice both when their authentic knowledge is discredited and when they are forced to participate in knowledge production within a coercive environment» (p. 1137).

Most notably for this paper's analysis of the epistemic harm to a criminal defendant via the credibility excess afforded a prosecution's witness, José Medina (2011, p. 17-19) has focused on the interactive aspects of credibility. He proposes a proportionality analysis of testimonial injustice:

So, those who have an undeserved (or arbitrarily given) credibility excess are judged comparatively more worthy of epistemic trust than other subjects, all things being equal; and this is unfair, not only to them but also to others who do not receive this privileged treatment, not because of a failure in equal distribution but because of a failure in proportionality, for the degrees of credibility given to subjects have to be proportional to their epistemic merits and the presumptions that apply to subjects in their situation. A credibility excess constitutes an epistemic injustice when and because it involves the undeserved treatment of an epistemic subject who receives comparatively more trust than other subjects would under the same conditions. The credibility excess assigned to some can be correlated to the credibility deficits assigned to others not because credibility is a scarce good (as the distributive model wrongly assumes), but because credibility is a comparative and contrastive quality, and an excessive attribution of it involves the privileged epistemic treatment of some (the members of the comparison class, *i. e.* those like the recipient) and the underprivileged epistemic treatment of others (the members of the contrast class, *i. e.* those unlike the recipient) (p. 20).

Medina's proportionality analysis lends itself well to the adversarial context where evidence by opposing party witnesses competes for the factfinders' belief. When factfinders must believe one witness to the comparative detriment of the other party (*i. e.*, who had right of way in an accident or who threw the first punch in a fight) the economy of credibility is particularly constrained. This is especially true in the crimi-

nal context where factfinders are asked to evaluate testimonial credibility and render a verdict that impacts the defendant's liberty. At a criminal trial, the epistemic wrong of credibility excess can cause tangible epistemic harm and should be recognized as a form of testimonial injustice.

Fricker uses Harper Lee's novel *To Kill a Mockingbird* as her central example of testimonial injustice (Fricker, 2007, p. 23). In this fictional case, an African American man, Tom Robinson, is unjustly and wrongfully prosecuted for the rape of a younger White woman, Mayella Ewell (Lee, 1960). Robinson takes the stand in his defense and refutes any wrongdoing but is not believed due to the racist negative identity prejudice targeted at Black men. Medina (2011) engages with this case as well but looks to the credibility excess which «give[s] essential support to the epistemic disparities at play and the biased testimonial dynamic that leads to the injustice» (p. 23). He studies the prosecution's key witness, Mayella Ewell, and how as a White person she is demonstrably—as evidenced by the differential treatment she receives from the officers of the court (judge and attorneys)—afforded more credibility than the defendant.

Medina observes that «the discrediting of [Tom Johnson's] testimony does not happen in a vacuum; his credibility is not undermined independently of the credibility of those around him» (p. 24).

Medina reflects that

[c]redibility deficits and excesses clearly go together in this case. This is not surprising since we are dealing with an epistemic injustice that is grounded in a *comparative* social injustice: the unfair differential agency given to members of different racial groups, whites and non-whites; and the epistemic aspects of that agency will also be attributed differentially, giving more to some and less to others. As the social advantages and disadvantages produced by racism go together, so do the epistemic advantages and disadvantages produced by racism (p. 24).

Fricker's (2007) examination of the testimonial injustice endured by Tom Johnson directly is only half the story. Medina's (2011) consideration of the epistemic harm resulting from the prosecution's witness's credibility excess begins to complete that story.

Like the tragic figure of Tom Johnson, Picinali's (2023) hypothetical criminal defendants, if tried, would likely not only suffer the credibility deficit epistemic harm he reveals, but also the epistemic harm resulting from credibility excess given to law enforcement officers introduced by prosecutors. For instance, in his rap lyrics hypothetical, a law enforcement officer might testify that the meaning of the defendant's song lyrics is an admission to a lifestyle of street crime. In the asylum seeker hypothetical, a law enforcement officer might testify about how a substantial sum of cash under a mattress is indicative of the illegal drug trade. In England and the United States alike, police officers are disproportionately White and may benefit from race-based positive identity prejudice as an individual or agent of a white institution², compounding the harm of testimonial injustice to the defendant. Picinali's defendants would not

² From a critical race theory perspective, law enforcement agencies are considered white institutions because they were established to protect white interests and maintain a racial hierarchy (*i. e.*,

only be disbelieved because their minoritized life experiences contradict the factfinders' worldview and stocks of knowledge, but also because that worldview is affirmed through the testimony of over-believed identity-privileged officers.

Under Medina's theory (2011), the prosecution witness's credibility excess can amount to an epistemic harm to the defendant. This is due to credibility's interactive nature. The defendant's already-lessened credibility will be judged in an adversarial environment in juxtaposition to the prosecution witness's augmented credibility. Here, the prosecution witness's credibility excess constitutes an epistemic injustice because it involves treating the defendant with comparatively less trust, despite a mandated presumption of innocence. Credibility in the criminal justice context is a «comparative and contrastive quality» where excess attribution to the prosecution witness works to the detriment of the under-privileged defendant (Medina, 2011, p. 20). As such, the testimonial injustices faced by Picinali's (2023) hypothetical defendants are likely even more dire than he described.

3. CRITICALIST APPROACH TO TESTIMONIAL INJUSTICE

Why do scholars often overlook the impact of credibility excess in analyzing epistemic injustice? One explanation might be that scholars typically approach the analysis of racial injustice from traditionalist or anti-discrimination perspectives without considering a critical race theory («criticalist») perspective, which is an anti-subordination perspective. Critical race theory is a body of scholarship which examines the nature of race and racism as it manifests through institutions, systems, and structures to impact law, legal norms, society, and everyday life. Central tenets of critical race theory are how racialization and racism are enduring and pervasive social phenomena designed to entrench power and preserve privilege for racial insiders by subordinating racial outsiders (Gonzales Rose, 2017, p. 2249). Critical race theory examines racism from the perspective of racial outsiders or from the «bottom up» rather than from the perspective of those favored by racial hierarchy (Gonzales Rose, 2017, p. 2258). In contrast, an anti-discrimination approach views racism more narrowly as manifesting primarily as negative bias or bigotry expressed between individuals.

Fricker (2007) appears to predominantly employ an anti-discrimination approach to racialized testimonial injustice, rather than a criticalist anti-subordination approach. The core beliefs behind an anti-discrimination approach are as follows: the legal system is created to evenhandedly resolve claims and administer justice; racism is fundamentally racial discrimination based upon dislike or undervaluing of traditionally excluded racial groups; racism is primarily expressed through racially disparate treatment between individuals based on group membership; similarly-situated

policing beginning with the slave patrols in the U.S.), ensuring that the liberties and property of racial insiders were safeguarded while restricting the liberties and seizing the property of racial outsiders.

individuals should be treated similarly; if they are not treated similarly then the system is broken or at least cracked, and in need of repair. Thus, under an anti-discrimination approach, when equally-credible Black speakers are not believed to the same degree as equally-credible White speakers, there is a bias between individuals which amounts to an injustice that is abhorrent to the principles of the system. Hence, Black speakers are epistemically harmed whenever they are afforded less epistemic trust absent any legitimate basis.

A critical race theory approach, on the other hand, believes the legal system was designed to entrench power and privilege in racial insiders and maintain racial hierarchy, subordination, and control of racial outsiders. Racism includes racial discrimination against traditionally excluded or marginalized groups—and thus a criticalist understands the testimonial injustice of credibility deficit but does not end their analysis there. Modernly, racism centers on maintaining power in racially privileged groups and is primarily implemented through policies, systems, institutions, and structures. Thus, there is a moral imperative that everyone be treated equitably; but when they are not, the system is believed to be working as designed. As such, when Black speakers are not believed to the same degree as equally credible White speakers, the subordinated Black speaker experiences multiple levels of injustice: first as an individual who received disparate treatment and also as a member of a racial group that is subordinated through listeners unfairly privileging the White speaker. When a White speaker's credibility is routinely boosted, this does not exist in isolation or as a one-time occurrence. Rather this is part of an epistemic-privileging routine and pervasive subordination which consistently and systematically exalts members of the White racial group to entrench their power and privilege to the corresponding and collective epistemic detriment of Black and other non-White people.

Contrasting an anti-discrimination perspective with a criticalist perspective reveals fundamental differences in understanding both how legal systems and racism operate and how epistemic injustice can be understood. From a criticalist perspective, epistemic injustice manifests as both an individualized epistemic harm to the subordinated speaker and as a collective epistemic harm to the subordinated speaker via the credibility excess to the privileged speaker. The criminal legal system magnifies these epistemic harms, particularly when the subordinated speaker is a defendant, and the privileged speaker is the prosecution's witness.

In the criminal trial context, the credibility economy is artificially constrained. Factfinders, especially jurors, are told to make credibility determinations to decide criminal liability. While credibility might not be truly finite in the adversarial criminal system, a factfinder may experience credibility as finite. Jurors are put in the position of determining who is speaking the truth which can lead to a sense of a limited amount of epistemic trust or authority that can be allocated among opposing witnesses at trial.

For instance, imagine a battery prosecution where the defendant claims self-defense and the prosecution's eyewitness, a police officer, testifies that the defendant

threw the first punch. In a jurisdiction where an initial aggressor cannot succeed on a defense of self-defense, it would defy the judge's instructions on the law for a juror to equally believe the police witness and the defendant. Self-defense and initial aggression cannot be equally true legally. Therefore, the juror is pressured to choose whether to believe one of them³. Does the juror believe the police officer who witnessed the altercation or the defendant who experienced it? Fricker (2007) may argue that one can attribute equal credibility to both witnesses. However, the criminal legal system artificially constrains the credibility economy, treating it as a zero-sum game during trial. Jurors are regularly called upon to determine one witness's credibility to another witness's detriment. This means that a credibility excess on the prosecutor's side of the «v» will often harm the defendant—and this disadvantage is epistemic.

In this battery hypothetical, let's suppose the defendant is Black and the police officer is White. If implicit racial bias causes the juror to believe that Black people are more violent and less forthright and honest, the juror will find the defendant less deserving of belief and discredit his testimony. This credibility deficit moves the needle towards a verdict of guilt. Racial bias is relational and correlative. Devaluing one racial group correlates with overvaluing the counterpart racial group. If there is an implicit bias against one racial group as being more violent and untruthful, the non-corresponding racial group would be considered more peaceful and truthful. If blackness is devalued, it is likely that whiteness is over-valued. It follows that the juror's same implicit bias will influence the juror to more readily believe the White police officer. When the prosecution's police witness's testimony is subject to this credibility excess, the needle also moves towards a verdict of guilt.

Thus, both the defendant's credibility reduction and the prosecution witness's credibility excess make the defendant more likely to be found guilty—not on the facts, but on an improper basis of negative identity bias. If a defendant is subject to two instances of unfair, identity-based credibility determination—1) his credibility deficit and 2) an adverse witness's credibility excess—and consequently is believed less, then the question becomes: can the latter amount to testimonial injustice?

It seems unnecessary to limit testimonial injustice to cases where harm is inflicted directly on the targeted speaker themselves. As established by Medina (2011) and the discussion above, racial privilege can hurt racially subordinated interlocutors in the criminal context. The way racial privilege simultaneously augments one speaker to the corresponding detriment of a subordinated adverse party was present in Fricker's initial utilization of *To Kill a Mockingbird* but was left largely unaddressed (Fricker, 2007). The credibility excess bestowed on the prosecution's witness was not explored when she crafted the definition of testimonial injustice.

³ A juror could believe both witnesses equally which would be a cognitive impasse of sorts that supports reasonable doubt of the accused's guilt. I'm not arguing that credibility is inherently limited in trials, but rather that jurors often feel compelled to treat it as if it were.

In that case, when Mayella Ewell took the stand to lie that she was raped, she was treated as a privileged knower. The presiding judge stated he would protect her and even defense counsel treated her above the social station particular to what her class and gender would have garnered in 1935. Mayella Ewell's social status was that of a poor, uneducated, and uncouth woman; that, combined with her claim of sexual assault, would usually be afforded a pronounced (and unfair) credibility deprivation. However, the court showed only respect, trust, and confidence in her reliability and veracity. Mayella Ewell is revered because she plays her role in reifying societal prejudice (that Black men pose a threat of sexual violence to White women) and racial hierarchy (that Black men's liberty should be constrained and controlled by the State). As the prosecution's witness, Mayella Ewell plays a significant role in robbing Defendant Tom Robison of his already-limited epistemic ability to be believed.

Just as Medina (2011) notes that Tom Robinson's credibility deficit did not occur in a vacuum and was dependent on Mayella Ewell's credibility excess, Ewell's credibility excess did not occur in a vacuum and was dependent on Robinson's credibility deficit. Gifted the credibility boost needed to maintain the racial hierarchy desired by the racial majority in 1935 Maycomb Alabama, Mayella Ewell is believed to be undoubtedly honest and accurate. The credibility excess I refer to is not from a baseline of the human dignity that everyone deserves. She certainly deserved full credibility irrespective of her gender, class, education level, and status as a complainant of rape⁴. I rather refer to the baseline from which she would normally be judged, absent any boost resulting from bias against the defendant. In other words, where would her credibility start independently of the racism against the defendant? And, how big of a lift does she receive from the racism against the defendant?

One admittedly overly simplistic but elucidating way to get a sense of Mayella's enhanced epistemic standing is to attribute numerical value to her credibility. Let's say that any testifying witness who takes a solemn oath in court is generally believed at a social status-neutral rate of 50/100. This means there are equal chances that the witness will be believed or not believed. Now let's take the witness's social circumstances into account. Mayella Ewell is poor, illiterate, female, and claims rape. Each of these social identities or experiences is unfairly socially stigmatized. She would suffer a significant credibility decrease, would likely not be believed, but would not be completely disregarded. Perhaps Mayella would be afforded something close to a 25/100 credibility score.

Now, let's consider her credibility when juxtaposed as the prosecution witness against a Black male defendant. Her credibility would soar. She will certainly be believed by the judge and jury. In fact, she was entirely believed, despite evidence refuting her testimony (that the defendant had a physical disability inconsistent with her story and injuries). Here, it makes sense to estimate that she received close to a

⁴ As Deborah Tuerkheimer (2017) has explained «rape accusers remain subject to a pronounced credibility discount» (p. 56).

95/100 credibility score at the trial against Tom Robinson. This means that her credibility would have increased by 70% because of the demographics of the defendant. These numbers are of course all fashioned to make a point. But the exercise illustrates how, because she claims rape against a Black man, her testimonial credibility skyrockets. In a social and legal setting which wants to control, shackle, and imprison Black men due to racial prejudice, her credibility as a witness experiences a dramatic surge. This credibility excess leads directly to the defendant's criminal conviction.

In utilizing only part of the Tom Robinson testimonial evidence as the central example of testimonial injustice, Fricker (2007) restricts the scope of testimonial injustice to instances where there is a reduction in credibility, rather than including situations characterized by credibility excess. This represents an anti-discrimination perspective rather than a criticalist perspective on how racism manifests, endures, and is experienced by those who are directly impacted by it. To view credibility deficit as the only epistemic wrong is to assume that the dominant group is the baseline of fair epistemic treatment, including belief. This is a «top-down» perspective on racism. Critical race theory encourages a «bottom-up» perspective: an analytical approach that emphasizes the experiences and perspectives of marginalized groups. Here, a bottom-up perspective sees a reality where the racially dominant group receives stocks of unearned and unjustified perceptions of credibility, belief, knowledge, intelligence, expertise, competency, legitimacy, and other forms of epistemic authority simply by virtue of being racialized as the White or dominant racial group.

In critical race theory terms, the limitation of testimonial injustice to credibility deficit reflects «White normativity»: an implicit assumption that the white experience is the norm. White normativity informs Fricker's limited definition of testimonial injustice by assuming that the baseline epistemic status of White speakers is natural, deserved, and the norm. There is a lack of awareness that White credibility might be unfairly and unnaturally enhanced and that members of non-White racial groups can be adversely affected by a White speaker's heightened credibility. There is a presumption that since credibility excess does not hurt the privileged speaker directly, there is no need to notice an injustice.

From this advantaged viewpoint, it follows that race, gender, class, and other insider social group epistemic privileges are not perceived as causing harm, and speakers from outsider social groups can only experience wrongs through the individual disparate treatment of being believed less. This individualist⁵ and demographically privileged view restricts both the scope of perceived wrongs and any redress for resultant harms. Scholars approaching racial inequities from an anti-discrimination perspective are often comfortable examining racial bias against people of color while overlooking the unfair benefits of racism to White people. Doing this while developing epistemic injustice theorizations means that White epistemic privilege can

⁵ Sarah Bufkin (2024) has thoughtfully critiqued Fricker's account of epistemic injustice, finding her theorization to be too individualized to fully account for racialized imaginaries and discourses.

continue largely unchecked, unquestioned, and underexplored in the field, while scholars feel virtuous because they have expressed concern for limited harm to minoritized people.

Affording epistemic privilege to a speaker because of one's unconscious notions of white superiority is an epistemic wrong in itself. It not only perpetuates systemic inequalities but also undermines the pursuit of knowledge and understanding. This is particularly unjust in the legal context because it disregards the pursuit of truth and objectivity. It illegitimately favors one racial group as knowers to other racialized knowers' detriment and contravenes notions of equality. The fact that epistemic privilege benefits, instead of hurts, a White speaker should not preclude it from being considered an epistemic wrong. The epistemic wrong of credibility excess should be recognized as a basis for testimonial injustice.

Generally, in Law and everyday parlance, an injustice can be understood as an instance where a wrong prompted by societal prejudice violates principles or rights to fairness, equity, or freedom and results in harm. Thus injustice = prejudice + wrong + harm. In the testimonial injustice literature, «wrong», «harm», and «injustice» are sometimes used interchangeably. Gerry Dunne and Alkis Kotsonis (2024, p. 2) have explored the causal relationship between epistemic wrongs and epistemic harms and have wisely urged scholars to not conflate the two concepts.

Our understanding of testimonial injustice should be expanded to include the epistemic wrongs and harms related to credibility excess. I propose an expanded working definition of testimonial injustice. A testimonial injustice occurs where 1) the social wrong of negative identity prejudice prompts 2) an epistemic wrong of credibility deficit or excess to a speaker in their capacity as a knower 3) which results in a harm to the speaker or their interlocutor as a knower. All three factors need to be present in order to amount to testimonial injustice. Here the epistemic harm can be direct or indirect. In adversarial criminal trials, the credibility economy is constrained, jurors may be put in a position to treat credibility as a finite good, and thus the testimonial credibility afforded prosecution versus defense witnesses plays out in a zero-sum game.

As a conceptual starting place, I suggest the term «transferred epistemic harm», to capture the indirect harm that occurs when a privileged speaker's credibility excess correspondingly reduces a subordinated speaker's epistemic ability or agency in a way that causes epistemic injury *qua* knower. The epistemic wrong (the social prejudice to unjustifiably augment a privileged speaker's credibility) causes harm in the epistemic domain. The harm does not affect the target of the wrong (the privileged speaker) but instead affects their corresponding underprivileged interlocutor who is consequently regarded with even less belief. The epistemic harm tethered to and resulting from the epistemic wrong transfers from the privileged target to the underprivileged interlocutor, who accordingly is believed even less than before the credibility excess wrong.

The archetype example of this is a criminal trial where the defendant is vulnerable to negative social bias. In a criminal trial's constrained credibility economy, an epistemic wrong to the privileged speaker cashes out ultimately to be an epistemic harm to the underprivileged speaker. In this environment, the epistemic wrong attaches to the privileged speaker but the harm is transferred to the subordinated speaker. The injustice does not «spill-over» because it did not first fill the speaker. The harm is not «collateral» because the central aim of racism is to maintain racial privilege. I conclude that credibility excess to a privileged speaker, which harms the underprivileged interlocutor, should be recognized as testimonial injustice.

4. CONCLUSION

In «Evidential Reasoning, Testimonial Injustice, and the Fairness of the Criminal Trial», Federico Picinali (2023) examines lay and professional adjudicators' devaluation of minoritized defendants' and complainants' racialized and gendered knowledge and lived experiences. His work provides a valuable contribution to intersecting literatures on testimonial injustice and racist evidential practices. This work would be further bolstered by examining how testimonial injustice also stems from credibility excess. His analysis's absence is not due to any shortcomings in his work, but instead due to a void in the field of epistemology to recognize and theorize how identity-biased credibility excess can amount to a form of epistemic injustice. Paradoxically, the problem here is one of hermeneutical injustice: the other primary form of epistemic injustice Miranda Fricker (2007) identified.

«Hermeneutical injustice is: the injustice of having some significant area of one's social experience obscured from collective understanding owing to a structural identity prejudice in the collective hermeneutical resource» (Fricker, 2007, p. 155). The lack of an epistemological framework to explain the injustice of having the social experience of one's testimony devalued due to identity-based bias resulting from the opposing party's credibility excess, means that scholars overlook this epistemic injustice. This paper has attempted to advance the conversation.

BIBLIOGRAPHY

- Bufkin, S. (2024). Racism, Epistemic Injustice, and Ideology Critique, *Philosophy and Social Criticism*, *50*(6), 1-25.
- Burlando-Salazar, J. (2023). Preventing the Epistemic Harm of Testimonial Injustice in Law Witness Credibility Assessments. *Boston University Law Review*, *103*(4), 1245-1285.
- Capers, B. (2019). Evidence Without Rules. *Notre Dame Law Review*, *94*(2), 867-908.
- David, E. (2016). Typecasts, Tokens, and Spokespersons: A Case for Credibility Excess as Testimonial Injustice. *Hypatia*, *31*(3), 486-496.
- Fricker, M. (2007). *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press.
- Gonzales Rose, J. (2017). Toward a Critical Race Theory of Evidence. *Minnesota Law Review*, *101*, 2243-2311.

- Lackey, S. (2023). *Criminal Testimonial Injustice*. Oxford University Press.
- Lee, H. (1960). *To Kill A Mockingbird*. J. B. Lippincott & Co.
- Medina, J. (2011). The Relevance of Credibility Excess in a Proportional View of Epistemic Injustice: Differential Epistemic Authority and the Social Imaginary. *Social Epistemology*, 25(1), 15-35.
- Picinali, F. (2023). Evidential Reasoning, Testimonial Injustice and the Fairness of the Criminal Trial. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 6, 201-235. <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22888>
- Ralph, A. E. (2024). Qualified Immunity, Legal Narrative, and the Denial of Knowledge. *Boston College Law Review*, 65(4), 1317-1380.
- Tuerkheimer, D. (2017). Incredible Women: Sexual Violence and the Credibility Discount. *University of Pennsylvania Law Review*, 166(1), 1-58.
- Washington, L. (2022). Survived & Coerced: Epistemic Injustice in the Family Regulation System. *Columbia Law Review*, 122(4), 1097-1164.

UNDERSTANDING EPISTEMIC INJUSTICE AS CONTRIBUTORY INJUSTICE: A COMMENT ON PICINALI'S ARGUMENT

Tareeq Jalloh

University of Sheffield

Tojalloh1@sheffield.ac.uk

ABSTRACT: This paper offers some further support to Federico Picinali's argument, in «Evidential Reasoning, Testimonial Injustice and the Fairness of the Criminal Trial», that a trial is unfair when assessments of relevance and probative value includes an epistemic injustice, namely a testimonial injustice. It has been argued that there are barriers to establishing testimonial injustice in specific cases, such as the ones Picinali surveys. This paper argues that even if we accept that there are concerns about establishing the occurrence of a testimonial injustice in the cases Picinali identifies, we can reformulate the epistemic injustice that renders the trial unfair as a contributory injustice. Reformulating the epistemic injustice as a contributory injustice evades the concerns we might have with establishing testimonial injustice, allowing Picinali's broad argument that a trial is unfair when an assessment of evidence includes an epistemic injustice—contributory, or testimonial—to remain intact. This reformulation also offers new propositions on how to combat epistemic injustice.

KEYWORDS: criminal proceedings, trial fairness, rap music, contributory injustice, preventing epistemic injustice.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.— 2. PICINALI'S ARGUMENT.— 3. OBJECTIONS.— 4. CONTRIBUTORY INJUSTICE.— 5. PREVENTING CONTRIBUTORY INJUSTICE.— BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCTION

In his excellent paper, Picinali argues that assessments of relevance and probative value are susceptible to a moral/legal evaluation—that is fairness—on top of an evaluation on epistemic grounds—such as accuracy. He does this by showing that an assessment of relevance and probative value is unfair, and by extension, a trial is unfair, when this assessment includes a testimonial injustice. Consequently, Picinali (2024) calls for a more «interventionist role of higher courts in the scrutiny of the adjudicator’s evidential reasoning» by surveying ways to prevent testimonial injustice in the institutional context of the jury trial (p. 226).

Recent literature has questioned whether we can establish that a testimonial injustice has occurred in a criminal trial. This is because we often cannot know whether the necessary conditions of testimonial injustice—1) the hearer has an identity prejudice of which they may or may not be aware of; 2) the identity prejudice causes the unjustified credibility deficit; 3) there is a credibility deficit in the testimonial exchange—have been met (Arcila-Valenzuela and Páez, 2022). In this paper, I argue that even if we take these concerns about establishing testimonial injustice seriously, this is not detrimental to Picinali’s argument. This is because his argument allows us to substitute testimonial injustice with contributory injustice without any significant consequence. And contributory injustice is not beset by the same obstacles to identifying it. Therefore, his broad argument that a trial is unfair when an assessment of evidence includes an epistemic injustice—contributory, or testimonial—remains intact.

The paper proceeds as follows: section 1 is an overview of Picinali’s argument. Section 2 explores the objection that we cannot confidently establish that a testimonial injustice has occurred in any of the cases Picinali identifies. In section 3, I argue that taking this objection seriously does not matter much to Picinali’s overall argument for the conclusion that courts should concern themselves with evaluations of fairness. This is because we can reformulate the epistemic injustice that renders the trial unfair as a contributory injustice rather than a testimonial injustice. Section 4 argues that the preventative measures Picinali identifies can be maintained to prevent contributory injustice. Further, reframing the epistemic injustice rendering a trial unfair as a contributory injustice presents new propositions on how to combat epistemic injustice.

2. PICINALI’S ARGUMENT

Picinali’s (2024) starting point is the recognition that adjudicators often rely on generalisations, such as «if there is flight from the scene of the crime, the person fleeing is guilty» to assess the relevance and probative value of an item of evidence (p. 206). Evidence is relevant if it is logically probative, *i. e.*, making the matter which requires proof more or less probable, and it has probative value if the relevant evi-

dence alters the probability of the matter which requires proof. Generalisations like «if there is flight from the scene of the crime, the person fleeing is guilty» require the adjudicator to estimate the probability of guilt given the defendants' flight—posterior probability of guilt—against the probability of guilt if the defendant had not fled the scene—prior probability of guilt. If the posterior probability of guilt is greater than the prior probability of guilt, then the evidence is incriminating (p. 206).

Generalisations like this originate from the rationalist tradition, where judgments about guilt and assessments of relevance and probative value are based on the available stock of knowledge or propositions to assess evidentiary items. Whilst Picinali does not say much about what constitutes a stock of knowledge, I take it to be the available set of known propositions, putative facts about the world, described with particular concepts; inferences made from some of those facts; normative structures that rank what is a good/bad reasons are all included in a stock of knowledge. Picinali, however, claims that the rationalist tradition has paid insufficient attention to the variability of experience and, therefore, stocks of knowledge, across society and from person to person. The rationalist tradition assumes only one stock of knowledge and has not accommodated for the unfairness of evidentiary reasoning due to the variability of stocks of knowledge. For instance, where a black youth fleeing the crime is seen as incriminating by a white police officer, this ignores the competing generalisation according to which a black youth is likely to run from an officer due to fear of suffering injustice at their hands, regardless of involvement in crime. The seeming obliviousness of the rationalist tradition to the variability of stocks of knowledge maintains and contributes to the stock of knowledge of the powerful, «namely white, able-bodied, middle-or upper-class men» being the dominant stock of knowledge in criminal fact finding (Picinali, 2024, p. 208).

Now, Picinali asserts that given the differences in stocks of knowledge across a society, and depending on what stock of knowledge is considered in assessments of evidentiary items, a party in the proceedings may be a victim of testimonial injustice and, crucially, unfair treatment in the trial. Testimonial injustice occurs «when a speaker suffers a credibility deficit due to the hearer holding an identity prejudice against a social group to which the speaker belongs» (Picinali, 2024, p. 210). Picinali is concerned with pre-emptive testimonial injustice, where a hearer's prejudice a priori dismisses a speaker's story, even when the speaker has not said anything. With this notion of testimonial injustice clarified, Picinali moves on to how this affects evidential reasoning. He writes that this occurs:

When the stock of knowledge that a party in the proceeding has *qua* member of a social group is ignored or discounted due to the adjudicator's identity prejudice against that group (or against another group to which the party belongs) and, as a result, the party's argument about the relevance and the probative value of an item of evidence—argument that relies on such stock of knowledge—receives a credibility deficit (Picinali, 2024, p. 212).

Picinali's focus is on cases where the testimonial injustice is instantiated through discounting or ignoring the stock of knowledge of a party due to membership of a certain social group. He offers three examples of this sort of testimonial injustice in

evidential reasoning; two involve the defendant suffering a testimonial injustice—silence and rap lyrics—and one involves the complainant—rape myth. In the case of rap lyrics, for instance, an adjudicator relies on the generalisation that someone who writes lyrics and raps about violent crime, drugs and gangs «has a propensity to act violently towards other people, in particular, members of other gangs and crews» (Picinali, 2024, p. 215). However, the adjudicator ignores the rules and conventions of the genre of rap, according to which rapping about violent gangs and drugs is an effort to construct a credible street persona and undertake successful commerce, and this is due to their identity prejudice, associating black youth with street violence (for discussion, see Jalloh, 2022).

One wrong of testimonial injustice that Picinali (2024) identifies is that «it infringes the right to a fair trial» (p. 220). We can take trial fairness as demanding that those accused of criminal offences can challenge the evidence presented against them and level their own evidence against the prosecution in adversarial proceedings. This fairness entails that each party gets what they are owed, namely meaningful participation in trials, specifically the «epistemic enterprise of fact finding» (p. 222).

With this conception of fairness, Picinali asserts that a trial is unfair when the defendant or complainant suffers a testimonial injustice due to the adjudicator's evidential reasoning. Recall that testimonial injustice occurs in assessments of relevance and probative value when a party's stock of knowledge is not appropriately considered due to identity prejudice, «such that the testimony of this party concerning the evidence at issue is discounted or pre-empted» (Picinali, 2024, p. 224). As a result, the party's ability to participate in proceedings—specifically the fact-finding process—is stifled since their word and experience is unjustly discounted or pre-empted. This renders the trial unfair since the party suffering the testimonial injustice is denied the treatment that a fair trial requires: participation in the enterprise of fact finding.

Having arrived at this conclusion, Picinali surveys some measures to prevent the unfairness of testimonial injustice in criminal proceedings. He mentions that imparting to both lay and professional adjudicators a virtue ethical and virtue epistemological approach might prove helpful. However, he sees different approaches needing to be taken depending on whether the adjudicator is lay or professional. We will explore all four measures in section 4.

3. OBJECTIONS

The occurrence of testimonial injustice requires three facts to be established. First, the hearer has an identity prejudice they may or may not be aware of. Second, identity prejudice causes an unjustified credibility deficit. Third, there is a credibility deficit in the testimonial exchange (Arcila-Valenzuela and Páez, 2022). Arcila-Valenzuela and Páez have argued that we cannot establish with any degree of confidence whether there has been testimonial injustice in specific cases, such as the ones highlighted by Picinali in this paper.

Starting with the first condition, they argue that we should understand identity prejudice as implicit, since identity prejudice is usually discussed where the hearer is unaware of identity prejudice that might cause them to give a deflated credibility assignment. They also define implicit prejudice as stable associations between, for instance, racialised words and evaluative attributes. Arcila-Valenzuela and Páez (2022) reason that this definition is consistent with how identity prejudice is defined by Fricker. For instance, they see implicit prejudice as preserving their identity through time, claiming identity prejudices are «resistant to counter-evidence owing to an ethically bad affective investment» making them «epistemically culpable» (Fricker, 2007, p. 35, as cited in Arcila-Valenzuela and Páez, 2022). They also see Fricker's primary preventative solution, which is based on personal virtues, as supporting the interpretation of bias as a stable personal trait. Moreover, implicit prejudice is usually detected through implicit measures, such as implicit associations tests (IATs). However, they argue that if implicit measures captured stable traits like the negative identity prejudice of testimonial injustice, there should not be considerable fluctuation in results over time, *i. e.*, they should have high test-retest reliability. However, Arcila-Valenzuela and Páez cite multiple studies that suggest low correlations between a person's score on implicit measures across time. They conclude that all these studies suggest implicit bias fails the reliability test for stable traits. The implication of this for testimonial injustice is that implicit measures are not indicating that hearers have the type of identity prejudice necessary for testimonial injustice, namely stable traits.

Moreover, the low predictive validity of implicit measures for testing the causal relationship between an implicit measure and judgements/behaviours shows that, even if we were to trust that an implicit measure indicates a hearer has an implicit prejudice (in the way implied by Fricker), there is no evidence of a causal connection between the implicit measure and the hearer's judgement (Arcila-Valenzuela and Páez, 2022, p. 6-7). The upshot of Arcila-Valenzuela and Páez's analysis is that we cannot know whether there has been a testimonial injustice in the specific cases Picinali identifies. For instance, in the case of Picinali's argument that rappers suffer a testimonial injustice when their words receive a credibility deficit in criminal courts, we cannot know a testimonial injustice has occurred in these cases because *i*) we do not know that the adjudicator holds an implicit prejudice in the way implied by Fricker—a stable identity trait; *ii*) even if they held this prejudice, it is not clear that this is causing the deflated assignment of credibility to rappers' testimony. Crucially, more needs to be done to defend the view that a testimonial injustice is occurring given the low test-retest reliability of implicit measures—implying it's not a stable trait—and the low predictive validity—implying identity prejudice such as racism is not causing the deflated credibility assignment¹.

¹ There are responses to these worries regarding stability and predictive validity (see Hahn *et al.*, 2014; Berger, 2020).

Regarding the third condition of testimonial injustice, Arcila-Valenzuela and Páez (2022) argue that on a popular sense in which we can understand what a credibility deficit means here—«minimum credibility thesis»—it is far from clear whether we can determine a credibility deficit (p. 9). The minimum credibility deficit thesis states that there is a minimum degree of credibility that the speaker should have been given by the hearer, given the available evidence. However, Arcila-Valenzuela and Páez argue it is doubtful that such a minimum credibility amount in a given context exists, given that testimonial exchange is heavily personally, socially and culturally contextualised. Crucially, there is no neutral situation or context in which a minimum amount of credibility owed to the speaker can be established. Moreover, even if it could be argued that factoring in the personal, social and cultural factors into context might restore the idea of a normative minimum amount of credibility, there would not be a general epistemic standard for credibility, which Arcila-Valenzuela and Páez argue would render all talk of a credibility deficit meaningless, since there would be a sense in which all credibility assessment is as good as the other as long as no prejudice is involved.

Picinali (2024) notes that his article is not in the business of offering data about the frequency of occurrence of testimonial injustice, but instead, he asserts that he has explained how they can occur in assessments of evidence and why, when this does happen, it renders the trial unfair (p. 225). However, suppose we take these concerns about the lack of evidential support to verify a singular instance of testimonial injustice seriously. In that case, we might be worried that Picinali needs to show how we can be sure that what is going on when an adjudicator uses a stock of knowledge that is unreflective of a party's experience amounts to a testimonial injustice by demonstrating that the three conditions needing to establish a testimonial injustice have been met.

Now, in the remainder of this article, I argue that even if we take these concerns seriously there is a way Picinali can respond that keeps his broad argument intact. Picinali could reformulate his argument by diagnosing the issue as a contributory injustice, rather than a testimonial injustice. This way, his central broader argument still stands: an epistemic injustice—contributory, not testimonial—renders a trial unfair².

4. CONTRIBUTORY INJUSTICE

Contributory Injustice is a related but distinct form of epistemic injustice from testimonial injustice³. It will be an appealing notion to look at here, given its ability

² Picinali notes that the injustice he describes may have a hermeneutical component.

³ Hermeneutical injustice and contributory injustice are conceptually distinct. Hermeneutical injustice concerns the inadequacy of shared hermeneutical resources, due to differences in who gets to contribute to them, for expressing and understanding experiences (Fricker, 2007). And contributory

to accommodate the more structural forms of epistemic injustice at work in the context of the trial. Contributory injustice occurs when «an epistemic agent's wilful hermeneutical ignorance in maintaining and utilising structurally prejudiced hermeneutical resources thwarts a knower's ability to contribute to shared epistemic resources within a given epistemic community by compromising her epistemic agency» (Dotson, 2012, p. 32).

Hermeneutical resources are the shared meanings members use to understand and communicate their experiences. When the hermeneutical resources that an epistemic agent uses are biased or structurally prejudiced a contributory injustice occurs. A perceiver uses structurally prejudiced or biased resources when they are an ill fit for some social groups' experiences of the world, and this perpetuates epistemic exclusion for those of whom the resources are an ill fit. Such a use is wilfully ignorant if alternatives are available, and others should be aware of them. Contributory injustice occupies a middle ground «between agential and structural perpetuation of epistemic injustice» (Dotson, 2012, p. 31). Insofar as *an agent's* use of structurally prejudiced resources acts as a catalyst for contributory injustice, it is agential. It is also structural since biased hermeneutical resources also act as catalyst for contributory injustice.

An example of contributory injustice would be where less powerful groups (women) describe behaviour as «sexual harrasment», where more powerful groups (white men) insist on using the conceptual resources of «boys being boys» to describe the same behaviour. Where someone has the conceptual resources to render their experience intelligible, if another person insists on using conceptual resources that are not inclusive of «sexual harassment», the use of the latter conceptual resources hinder women's contributions to shared understandings (Jalloh, 2022)⁴.

Whether a testimonial injustice occurs (and whether we are ever in a position to know either way), I argue that a contributory injustice occurs when adjudicators rely on generalisations that do not reflect the experience and stock of knowledge of a party and, therefore, contributes to the epistemic exclusion of said party. To see this, consider Picinali's first example of an adjudicator relying on the generalisation «if flight from the scene then (infer) guilt». The adjudicator may not have paid attention to the fact that stocks of knowledge and experience differ across a society, so where a black youth fleeing is incriminating to a white police officer, this ignores the competing generalisation that black youth are likely to run from the scene of a crime out of fear of suffering an injustice at the hands of a police officer. This competing generalisation—«if flight from the scene then (infer attempt to seek) safety»—does not receive the right uptake by the adjudicator. We can think of this in terms of contributory injustice since there are different hermeneutical resources that we can use to make sense of black youth's experience of the world, such as differing generalisa-

injustice occurs when the problematic sets of hermeneutical resources are applied, with wilful ignorance, frustrating an agent's ability to contribute to shared knowledge (Dotson, 2012).

⁴ This comes from Fricker (2007) and Dotson's (2012) treatment of the Carmita Woods case.

tions about a black youth fleeing from the scene of the crime. However, the adjudicator uses hermeneutical resources that are unreflective of the collective experience of black youth by going with the generalisation «flight from the scene then guilty». As a result, they perpetuate epistemic exclusion since they contribute to, maintain and utilise the stock of knowledge of the powerful in criminal fact finding. Whilst the example about banter/sexual harassment above concerns conceptual resources—the actual resources used to describe a phenomenon—this case involves the inferences made about a behaviour (what explains it, what reasons the agent has for it). We might therefore consider it an interesting extension of the notion of contributory injustice.

Now, regarding an adjudicator taking rap lyrics as evidence of bad character or gang membership, Picinali argues that this constitutes a testimonial injustice where the defendant utters words contesting this by saying these lyrics are metaphorical and to make money. He also argues that even if the defendant does not utter these words, they still suffer a testimonial injustice but of the pre-emptive sort. On both construals, the defendant would suffer a testimonial injustice were he to have his word or the speech he would offer ignored because of some identity prejudice.

Even if there are obstacles to diagnosing the problem as a testimonial injustice, perhaps because of difficulty in determining whether or what identity prejudice is causing the deficit, or whether what is actually going on in the case of rap is a deficit, I argue that another epistemic injustice is occurring. When adjudicators rely on the stock of knowledge that «people who write lyrics about gangs and guns are likely to be a gang member and have a propensity to act violently to other gangs or crews», this constitutes a contributory injustice, as I have argued elsewhere (Jalloh, 2022). There is another stock of knowledge, or set of hermeneutical resources, we can use to challenge the aforementioned generalisation. For instance, consider the generalisation: «where a rapper pens lyrics about gangs and guns, they are looking to build a street credible persona, undertaking successful commerce and voicing frustrations at their living conditions». This stock of knowledge reflects the experience of rappers and those within the rap industry who emphasise the need for familiarity with rap's conventions to avoid conflating a musical persona and performance with a driller sitting in the dock. This conflation thwarts rappers' ability to contribute to shared knowledge since it prevents fact finders from accessing the generalisations reflecting the lived experience of the marginalised to inform their understanding of evidence in criminal trials.

We also see a contributory injustice in the other cases Picinali (2024) describes. For instance, where a black youth remains silent during a police interview and is taken by the adjudicator to be guilty as a result, the adjudicator relies on the generalisation that «silence equals guilt, and that any later defence is fabricated». However, this ignores the generalisation or hermeneutical resources that reflect black youth's experience with the police. Namely, the generalisation that «silence acts as defiance against racist misinterpretation of speech». When the adjudicator relies on structur-

ally prejudiced hermeneutical resources, such as «silence equals guilt», they commit a contributory injustice since they are wilfully ignorant about the perspective and conceptual resources and meanings used by black youth.

Moreover, in the case of a complainant claiming that she did not consent to sexual acts, but the adjudicator arguing this has little probative value based on the generalisation that rape only occurs if physical resistance was involved, this constitutes a contributory injustice. This is because the generalisation used by the adjudicator—«for rape to occur, there must have been resistance»— is a rape myth and, therefore, irrelevant. Basing an evidentiary assessment on a rape myth utilises structurally biased hermeneutical resources and ignores other available resources: the stock of knowledge of complainants, which indicates that sexual intercourse can be non-consensual even if there are no signs of resistance.

In all three cases of «rap lyrics», «silencing» and «rape myths», the party suffers a contributory injustice because an inapt set of hermeneutical resources are used to understand their experience of the world. This leads to their epistemic exclusion in the process of fact finding in criminal trials.

In all three cases, the adjudicator will be wilfully ignorant if they are aware of unbiased hermeneutical resources/generalisations, but they continue to use biased generalisations. Moreover, the adjudicator is still wilfully ignorant, even if they are unaware of the generalisations that reflect the experience of the party in question. This is because, as adjudicator, they ought to be aware of such stocks of knowledge. Crucially, I have shown that whilst testimonial injustice is just one form of epistemic injustice that might affect how evidence is treated and weighed, contributory injustice is another epistemic injustice that doesn't face the concerns testimonial injustice does.

How does contributory injustice render the trial unfair? Recall fairness in the criminal trial consists in giving each party what is owed to them. That is, fairness demands that they be afforded meaningful participation. Now, when a contributory injustice occurs—adjudicators use biased hermeneutical resources to understand a party's experience of the world—there is a hampering of the party's ability to participate in proceedings, particularly in fact finding. This is because their experience of the world is not properly considered. They are denied the treatment they are owed in criminal trials—in particular, having the hermeneutical resources that speaks to their experience of the world considered by the adjudicator. Consequently, given their interests at stake in the criminal trial, namely the opportunity for meaningful participation in fact finding, a trial where contributory injustice occurs is an unfair trial.

In this section, I have argued that if we take the cases Picinali explores as contributory injustices rather than (or as well as) testimonial injustices, Picinali can evade the objections I pre-emptively aired in section 2, whilst maintaining the broad structure of his argument. This is because he can maintain that an epistemic injustice renders the trial unfair, but the epistemic injustice at stake is a contributory injustice—not a testimonial injustice.

Unlike testimonial injustice, a contributory injustice does not require that three conditions Arcila-Valenzuela and Páez (2022) identify be met. Instead it is necessary that an adjudicator uses biased or structurally prejudiced hermeneutical resources that are an ill-fit for a social group's experience and that this perpetuates epistemic exclusion for those of whom the hermeneutical resources are an ill-fit. As I have shown in this section, we see this in the cases Picinali (2024) identifies. By identifying these structurally prejudiced resources, I demonstrate how there can be epistemic injustices of this sort that do not face the obstacles that Arcila-Valenzuela and Páez (2022) identify. If there is epistemic injustice—of either kind—then trial fairness is threatened.

5. PREVENTING CONTRIBUTORY INJUSTICE

Whilst I have argued that if we reformulate Picinali's argument in terms of contributory injustice, there is little consequence to his broader thesis that epistemic injustice renders the trial unfair, one could point out that the strategies Picinali identifies for preventing testimonial injustice would need to shift to strategies needed to prevent contributory injustice. Crucially, this might radically alter what adjudicators must do to prevent epistemic injustice from rendering the trial unfair. As Picinali (2024) writes, «understanding the problem through the correct theoretical framework is the necessary starting point for detecting it in practice and for formulating a solution» (p. 219). I am proposing we understand the problem Picinali identifies through the framework of contributory injustice rather than testimonial injustice. Whilst this might seem to be a significant departure from Picinali's original argument, I hope to show that many of the preventative measures he identifies to prevent testimonial justice will also help prevent contributory injustice.

Picinali pays attention to preventing testimonial injustice in the institutional context of the criminal trial. He identifies four measures based on the type of adjudicator he has in mind. First, he considers restricting the admissibility of the evidence in question, such that the jury will not hear about it, or they will hear about it only when the risk of testimonial injustice in their assessment is contained (p. 227). The introduction of exclusionary and restrictory rules have been defended in the case of rap lyrics both in the UK and overseas⁵. Also, Picinali notes that section 41 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 (as cited in Picinali, 2024, p. 227) restricts the admissibility of sexual history evidence to safeguard the accuracy of the verdict and to prevent the effects that might occur due to stress and loss of privacy. Whilst Picinali argues for restricting or excluding evidence that risks the jury committing testimonial injustice, this can be easily reformulated to focus also on prevention of contributory injustice. In the case of rap lyrics, for instance, the exclusion of lyrics prevents the jury from using prejudiced hermeneutical resources (that

⁵ See Art on trial (2022); Art Not Evidence (2023); Owusu-Bempah (2022).

misinterpret lyrics). Therefore, this institutional reform also addresses contributory injustice since excluding the use of evidence in these ways avoids the jury relying on biased hermeneutical resources.

Second, he considers the overdue measure of increasing the diversity of the judiciary as a way of preventing professional judges from committing testimonial injustice in their evidential reasoning. Picinali (2024, p. 228) asserts that this would probably limit identity prejudice's impact on the judicial assessment of evidence. We can also frame this as a preventative measure regarding contributory injustice. Dotson (2012) asserts that addressing contributory injustice requires that one recognises the existence of different hermeneutical resources and that one has the ability to switch between these different conceptual resources and shared meanings. This requires that the agent is able to see beyond the limitations of any set of hermeneutical resources. Drawing on the work of Mariana Ortega, Dotson highlights «world travel» as a way to address contributory injustice. Ortega (2006) writes world-travelling requires we «really listen to peoples' interpretations however different they are from our own» (p. 69, as quoted in Dotson, 2012, p. 34). Ortega believes world-travelling would compel us to appreciate genuine differences between peoples, such as differing hermeneutical resources. It seems plausible that increasing the diversity of the judiciary would expose people to different hermeneutical resources or stocks of knowledge based on that person's experience of the world. Exposing people to different hermeneutical resources would probably go some way to limiting their use of biased or unrepresentative hermeneutical resources in their assessments of evidence. The idea is that a more diverse judiciary might mean judges will likely use unbiased hermeneutical resources. For instance, where an entirely white judiciary might see running from the crime scene as a sign of guilt, a more diverse judiciary would likely come across the idea that running does not equal guilt, but rather fear. Whilst increasing the judiciary's diversity seems like an important reform, we should not overestimate the role a diverse judiciary might have in guaranteeing that unbiased hermeneutical resources are used. My focus on contributory injustice makes the limited utility of this strategy clearer: if we have a super diverse judiciary but they are still using the same set of biased hermeneutical resources, we are going to face the same problems. We need it to be the case specifically that a more diverse judiciary disrupts the biased hermeneutical resources used.

A third measure aimed at judges would require them to offer a detailed articulation of their underlying decisions on admissibility. Picinali (2024) sees this measure as «steadfast for evidence of such a kind that the risk of unfairness in evidential reasoning is marked» (p. 228). He draws on David Lammy's (2017) assertion «that bringing decision-making out into the open and exposing it to scrutiny is the best way of delivering fair treatment» (p. 6, as cited in Picinali, 2024, p. 29); Lammy and Picinali hold that justifying a decision publicly exposes and deters prejudice or bias. Making decisions on assessments of evidence public would prevent contributory injustice since it would prompt adjudicators to expose and challenge biased hermeneutical resources. It would involve giving parties more opportunity to challenge the

inferences that are being made and to bring to light instances in which prejudiced resources are being used. The prospect that their assessments of evidence will be public would put extra pressure on judges to ensure their assessments are fair.

The last measure that Picinali (2024) considers, targeted at both lay and professional adjudicators, is to demand that adjudicators regularly take implicit association tests (p. 228). This is for them to learn or be reminded of their implicit biases. He claims that research shows that awareness of our implicit biases increases our ability to disengage them in cognitive tasks carried out soon after awareness is acquired. However, it seems that whether or not (implicit) prejudices cause distorted assessments of credibility (something that section 2 might make us suspicious of), knowing about one's biases will not necessarily help with contributory injustice, since it involves also the structural aspect of the shared conceptual resources we use: someone with no biases might participate in structurally prejudiced resources, and so be involved in entrenching contributory injustice. Crucially, in contributory injustice, there are both individual and structural aspects, so individual measures would only be, at best, a partial step—raising awareness of prejudicial conceptual resources will also be needed.

In conclusion, I have argued that contributory injustice can serve as a substitute for testimonial injustice to maintain the conclusion that epistemic injustice renders a trial unfair. Section 1 presented Picinali's argument. Section 2 explored the objection that barriers prevent us from establishing that a testimonial injustice has occurred in the cases Picinali identifies. Section 3 argued that we can reframe the epistemic injustice rendering a trial unfair as a contributory injustice rather than a testimonial injustice to evade this objection. Section 4 argued that a reformulation of the epistemic injustice in question to contributory injustice allows for the preventative measures Picinali identifies to be maintained and also provides new ideas on combatting epistemic injustice.

BIBLIOGRAPHY

- Arcila-Valenzuela, M. and Páez, A. (2022). Testimonial Injustice: The Facts of the Matter. *Review of Philosophy and Psychology*, 1-18.
- Art Not Evidence* (2023, November 22). <https://artnotevidence.org/>
- Art on Trial: Protect Black Art* (2022, November 1). <https://www.protectblackart.co/>
- Berger, J. (2020). Implicit Attitudes and Awareness. *Synthese*, 197, 1291-1312.
- Dotson, K. (2012). A Cautionary Tale: On Limiting Epistemic Oppression. *Frontiers. A Journal of Women Studies*, 33(1), 24-47.
- Fricker, M. (2007). *Epistemic Injustice: Power and Ethics of Knowing*. Oxford University Press.
- Hahn, A., Judd, C. M., Hirsh, H. K. and Blair, I. V. (2014). Awareness of Implicit Attitudes. *Journal of Experimental Psychology: General*, 143(3), 1369-1392.
- Jalloh, T. (2022). Does the Critical Scrutiny of Drill Constitute an Epistemic Injustice. *The British Journal of Aesthetics*, 62(4), 633-651.
- Lammy, D. (2017). *The Lammy Review*. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a82009040f0b-62305b91f49/lammy-review-final-report.pdf>

- Ortega, M. (2006). Being Lovingly, Knowingly Ignorant: White Feminism and Women of Colour. *Hypatia*, 21(3), 56-74.
- Owusu-Bempah, A. (2022). Prosecuting Rap: What Does the Case Law Tell Us. *Journal of Popular Music*, 41(1), 427-455.
- Picinali, F. (2024). Evidential Reasoning, Testimonial Injustice and the Fairness of the Criminal Trial. *Quaestio Facti*, 6, 201-236.

Cases and Legislation


Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/23/contents>

Qf

 Marcial
Pons

 Càtedra
de Cultura
Jurídica

Universitat
de Girona

 Diputació de Girona

www.quaestiofacti.com