

Verdad, error y proceso penal

Un ensayo sobre epistemología jurídica

El libro presenta un análisis crítico del concepto de que la averiguación de la verdad es el fin judicial. A partir de este análisis, se examinan teorías y procedimientos de prueba con la finalidad de conocer cuáles son los mecanismos de llegar a la verdad y en qué medida es ineludible o bien el proceso de prueba o fines subyacentes. Finalmente, se realiza un análisis es aplicable a estos mecanismos y reglas similares.

En cualquier caso, con independencia de la posibilidad de error en todo el proceso, los errores suponen fallos en el sistema. Por ello, Laudan analiza tanto las reglas vigentes, como la necesidad de su modificación a través de mecanismos como el control de prueba. En resumen, el autor pretende observar el proceso de prueba y de la justificación de sus reglas.

Larry Laudan

Larry Laudan es físico por la Universidad de Chicago y filósofo por la Universidad de Frankfurt. Ha sido profesor de filosofía en varias universidades académicas en distinguidas universidades de México; actualmente es profesor de filosofía en la Universidad de Texas en Austin. Es uno de los grandes epistemólogos del siglo XX y su interés en los problemas probatorios de los procesos más importantes destacan: *Progress and Values* (1984) y *Beyond Positivism and Progress* (2002) y el libro jurídico *La prueba en el derecho penal* (2010).

FILOSOFÍA Y DERECHO

fD

Verdad, error y proceso penal

Un ensayo sobre
epistemología jurídica

Larry Laudan

LARRY LAUDAN

**VERDAD, ERROR
Y PROCESO PENAL**

Un ensayo sobre epistemología jurídica

Traducción de
Carmen Vázquez y
Edgar Aguilera

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2013

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico *manuscritos@filosofiyderecho.es*. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

En caso de ser aceptada la publicación del original, el autor deberá adaptarlo a los criterios de la colección, los cuales se pueden encontrar, en formato PDF, en la página web *www.filosofiyderecho.es*.

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.

Absolver al culpable y condenar al inocente — son dos cosas que el Señor aborrece.

Proverbios 17:15.

Dado que existe la posibilidad de cometer un error, lo cual es incluso probable, es más, tenemos la certeza moral de que tarde o temprano se cometerá ese error y que una persona inocente sufrirá las consecuencias, y considerando que ese error puede ocurrir en el siguiente juicio, entonces no debe haber más juicios y los tribunales de justicia deben ser condenados a la desaparición.

W. MAY (1876: 654-655).

Título original: *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press, 2006.

© Larry Laudan

© De la traducción: Carmen Vázquez y Edgar Aguilera
Revisión general a cargo de Carmen Vázquez

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-15664-74-1

Depósito legal: M. 17 872-2013

Fotocomposición: MILÉSIMA ARTES GRÁFICAS, S.L.

Impresión: Elecé, Industria Gráfica, S. L.

Polígono El Nogal

Río Tiétar, 24. 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2013

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PREFACIO A LA EDICIÓN EN INGLÉS	13
PREFACIO A LA EDICIÓN EN CASTELLANO , por <i>Jordi Ferrer Beltrán</i> ..	17
CAPÍTULO I. SOBRE EL ERROR EN EL PROCESO PENAL	21
1. UN MAPA DEL CAMINO A SEGUIR	21
2. UNA PROPUESTA DE EXPERIMENTO MENTAL	25
3. PRINCIPALES TIPOS DE ERROR	33
4. OTROS TIPOS RELEVANTES DE ERROR	37
5. RELEVANCIA <i>VERSUS</i> ADMISIBILIDAD	44
5.1. El caso de las pruebas «injustamente prejuiciosas»	47

PARTE I

LA DISTRIBUCIÓN DEL ERROR

CAPÍTULO II. LA INDESCIFRABLE DUDA RAZONABLE	59
1. UNA ACTUALIZACIÓN DEL MAPA DEL TERRITORIO	59
2. INTRODUCCIÓN	61
3. DIVERSAS INTERPRETACIONES DE DUDA RAZONABLE	64
3.1. Sus orígenes	64
3.2. El estado actual de la cuestión	66
3.2.1. Más allá de toda duda razonable como aquella seguridad en creencias que consideramos apropiadas para la toma de decisiones importantes en la vida	68

	<u>Pág.</u>
3.2.2. Más allá de toda duda razonable como el tipo de duda que haría que una persona prudente vacilara en actuar	70
3.2.3. Más allá de toda duda razonable como una convicción estable en la culpabilidad del acusado.....	71
3.2.4. La duda razonable como aquella duda para la cual puede ofrecerse una razón.....	74
3.2.5. Más allá de toda duda razonable como una creencia altamente probable.....	79
4. EL ACTO SUPREMO DE DESESPERACIÓN: EVITAR CUALQUIER EXPLICACIÓN DE MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE.....	83
5. DANDO UN PASO ATRÁS PARA ALEJARNOS DEL ABISMO....	88
6. ¿SERÁ SUFICIENTE CONTAR CON UNA NOCIÓN MEJORADA DE MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE?.....	93
7. EL ESCALOFRIANTE EFECTO QUE PRODUCE LA DOCTRINA DE LA PENA CAPITAL EN EL INTENTO DE TENER UNA DISCUSIÓN ABIERTA SOBRE DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA.....	96
8. CONCLUSIONES.....	101
CAPÍTULO III. EL ESTABLECIMIENTO DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA.....	103
1. EL BENEFICIO DE LA DUDA Y EL ESTÁNDAR DE PRUEBA...	104
2. LA RAZÓN PROPORCIONAL <i>N</i> , EL ESTÁNDAR DE PRUEBA Y EL BENEFICIO DE LA DUDA.....	107
2.1. Los costos relativos de las absoluciones falsas y de las condenas falsas.....	111
3. UN NUEVO PUNTO DE PARTIDA PARA ESTABLECER EL ESTÁNDAR DE PRUEBA.....	117
4. LA SUSTITUCIÓN DE UN ESTÁNDAR SUBJETIVO POR OTRO OBJETIVO: LA VERDADERA REFORMA.....	120
4.1. Problemas con la estimación de las probabilidades de nuestras propias creencias.....	121
4.2. El problema de la subjetividad.....	123
5. LA REFORMA ESENCIAL: UN ESTÁNDAR DE PRUEBA OBJETIVO.....	126
5.1. ¿Caben múltiples estándares de prueba en materia penal?.....	133
6. CONCLUSIONES.....	135

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO IV. LA INOCENCIA DEL ACUSADO, LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL ENREDO CON LAS CAUSAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL.....	137
1. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ¿MATERIAL O PROBATORIA?.....	138
1.1. ¿Cuándo y a quién aplica la presunción de inocencia?.....	142
1.2. Clases de inocencia y de culpabilidad.....	147
1.3. Problemas con presuponer la inocencia material.....	151
1.4. El error básico: Confundir la confianza subjetiva del jurado con un estándar de prueba.....	160
2. LA CARGA DE LA PRUEBA.....	163
2.1. El confuso caso de las causas excluyentes de responsabilidad penal.....	165

PARTE II

REGLAS INADECUADAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO Y LA PRUEBA

CAPÍTULO V. UNA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA Y DE LOS PROCEDIMIENTOS.....	173
1. UNA META-REGLA PARA LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS..	174
2. EL CONTROL DE LOS EXCESOS DISTRIBUTIVOS.....	183
3. EL AUMENTO CASI IMPERCEPTIBLE DEL DISTRIBUCIONISMO IMPLÍCITO.....	196
4. ALGUNAS REGLAS PROBATORIAS QUE VIOLAN LA POLÍTICA ANTIDISTRIBUTIVA.....	197
5. LA EVALUACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS.....	203
6. CONCLUSIONES.....	206

CAPÍTULO VI. LOS ACUSADOS SILENCIOSOS, LOS TESTIGOS SILENCIOSOS Y LOS JURADOS IMPEDIDOS.....	209
1. EL SILENCIO Y LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD.....	210
2. EL ACUSADO.....	210
3. EL TESTIGO CON ALGO QUE OCULTAR.....	211
4. LOS TESTIGOS EXENTOS POR PRIVILEGIOS.....	211
5. LOS ACUSADOS QUE PERMANECEN EN SILENCIO: EL PROBLEMA.....	212
6. LA CUESTIONABLE EPISTEMOLOGÍA DE LOS JURADOS IMPEDIDOS.....	218

	<u>Pág.</u>
7. EL TESTIGO SILENCIOSO	227
8. EL TESTIMONIO PRIVILEGIADO.....	230
9. CONCLUSIÓN.....	236
CAPÍTULO VII. LAS CONFESIONES, LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO Y OTRAS EXCLUSIONES.....	239
1. LA TORTURADA LÓGICA DE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA CONFESIONAL	240
2. EL TRIPLE TEST	241
3. LA VOLUNTARIEDAD.....	242
4. CONFESIONES OBTENIDAS ILEGALMENTE.....	247
5. LA CORROBORACIÓN.....	248
6. LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO.....	253
7. LA EXCLUSIÓN DE OTRAS PRUEBAS NO CONFESIONALES.....	256
CAPÍTULO VIII. NON BIS IN IDEM Y LAS ABSOLUCIONES FALSAS: ¿LIBERANDO A LOS CULPABLES Y A LOS JUECES DE SUS RESPONSABILIDADES?.....	267
1. EL PROBLEMA PRINCIPAL.....	267
2. LA APELACIÓN DE ABSOLUCIONES: UNA OBVIEDAD.....	273
3. AUTOCORRECCIÓN Y APRENDIZAJE DE NUESTROS ERRORES.....	283
4. LA CORRECCIÓN DEL ERROR VS. LA CORRECCIÓN DEL «ERROR».....	287
5. CONCLUSIONES.....	288
CAPÍTULO IX. MOTIVOS DUDOSOS PARA REGLAS INADECUADAS: EL CONFLICTO ENTRE VALORES.....	291
1. LA SUPUESTA INCOMPETENCIA DEL JURADO Y LAS REGLAS PROBATORIAS Y EL PROCEDIMIENTO.....	293
2. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ACUSADOS ...	297
3. VIGILANDO A LOS VIGILANTES DE LA LEY.....	304
4. PROTEGIENDO LA INTEGRIDAD MORAL DE LOS TRIBUNALES.....	306
5. CONCLUSIONES.....	312
EPÍLOGO.....	317
BIBLIOGRAFÍA.....	325
ÍNDICE ANALÍTICO.....	329

PREFACIO A LA EDICIÓN INGLESA

Todo autor tiene deudas más numerosas que las que puede mencionar. De algunas se es apenas consciente, aunque no por ello son menos ciertas. Mayor preocupación me producen aquellas deudas que son tan profundas que difícilmente pueden ser satisfechas, y seguramente no con el simple reconocimiento de su existencia. No obstante, creo valioso mencionarlas, aunque no sea más que un gesto breve y fugaz.

Me interesé por primera vez por las cuestiones epistemológicas en torno al derecho hace cinco años, tras haberme dedicado a la filosofía de la ciencia y la epistemología aplicada. Sin pretenderlo así, sino más bien de forma accidental, mis primeros encuentros con el estudio del derecho se produjeron en la Universidad de Texas, donde a menudo voy a consultar libros que no están disponibles en México, donde trabajo. En uno de mis viajes anuales al norte de la frontera, decidí detenerme frente al despacho de Brian LEITER, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas. Por casualidad había estado leyendo unos días antes la sentencia de un caso clásico, *In re Winship*. LEITER y yo no nos conocíamos, pero yo sabía de su reputación como uno de los pocos filósofos del derecho con interés en cuestiones probatorias y había algo que me preocupaba y quería consultarle. Después de presentarme, le pregunté (más o menos): «No puedo entender lo que dice la Corte acerca de la prueba más allá de toda duda razonable. ¿Puede usted ayudarme a clarificarlo?». Después de tratar de comprender los pasajes relevantes, él contestó con franqueza: «No».

Este libro parte de esa conversación. Entre otras cosas, probablemente para que ya no le molestara más, Brian me enseñó a usar LexisNexis, ese fantástico repertorio jurídico en internet. Empecé leyendo otras sentencias de la Corte Suprema en las que se discute sobre la duda razonable, esperan-

do que esto me ayudara a desenmarañar mi confusión. No fue así. Este libro es el producto final de mi búsqueda de una respuesta a esa pregunta inicial y aparentemente inocua. Como suele suceder en estos casos, mi perplejidad frente a la noción de duda razonable derivó en la preocupación sobre un gran número de nociones epistémicas (el beneficio de la duda, la presunción de inocencia, la carga de la prueba, la relevancia y la fiabilidad) ampliamente utilizadas tanto por juristas prácticos como académicos. El motivo de mi preocupación era que aspectos clave de *todos* estos conceptos (especialmente, prueba, relevancia y fiabilidad) se están utilizando de una manera que no sólo no es estándar (al menos entre los filósofos), sino que también es, al parecer, profundamente confusa. Cuanto más leía, más incómodo me encontraba. Juristas reconocidos, incluidos los miembros de la Corte Suprema, a menudo escribían sobre el conocimiento y la verdad de una forma extraña y poco familiar. Algunas veces me parecían claramente equivocados.

Para tratar este punto, fui a conocer a RON ALLEN, que ostenta la Cátedra Wigmore de derecho probatorio en Northwestern, del que había leído su obra y aprendido mucho de ella. Incluso cuando no estábamos de acuerdo, lo que sucedía raramente, sentía que estábamos en el mismo universo conceptual, comprometido con la idea de analizar el proceso como una búsqueda de la verdad acerca del delito. Por otra parte, ambos compartíamos una aversión instintiva hacia el proyecto Bayesiano tanto en el derecho como en otros ámbitos del conocimiento, por lo que yo sabía que él tenía que estar del lado de los buenos.

Un año después, encontré en el despacho de LEITER el artículo que había estado buscando aquel día, casi dos años antes: un tratamiento convincente y sofisticado del estándar de prueba «más allá de toda duda razonable». El artículo había sido escrito por un joven académico del derecho, ERIC LILLQUIST, de la *Seton Hall Law School*, y del que también he aprendido mucho.

Fortuitamente, algunos fondos del Instituto de Investigaciones Filosóficas de mi universidad hicieron posible que mi colega JUAN CRUZ PARCERO y yo invitáramos a algunos investigadores a nuestro campus para llevar a cabo tres días intensivos de discusiones acerca del derecho y la epistemología en diciembre de 2003. Además de ALLEN y LILLQUIST, otros dos investigadores participantes en el evento me causaron una profunda impresión. Fueron Michele TARUFFO, de Pavía, y Jordi FERRER, de la Universidad de Girona. Ignorando, educadamente, que yo no era un jurista ni un filósofo del derecho, ambos aumentaron mi comprensión de un buen número de problemas con los que yo apenas había tropezado en mis intermitentes esfuerzos con LexisNexis. Ellos me convencieron, por encima de todo, de que —en lo que al derecho probatorio se refiere— la brecha tradicionalmente postulada entre el derecho romano-germánico y el derecho anglosajón es infundada.

Los tribunales de ambos modelos de sistema jurídico enfrentan problemas similares acerca de la prueba y había sido simplemente fruto de un localismo por mi parte el creer que una discusión apropiada sobre la prueba debía realizarse en el marco de referencia de un concreto sistema jurídico. Vivir y trabajar en México había reforzado esa impresión, ya que empleé gran parte de mi tiempo explicando los misterios y las especificidades del procedimiento judicial anglosajón a los colegas mexicanos y estudiando las propias del derecho mexicano. Como descubrí después, TARUFFO ha escrito un espléndido libro en italiano, *La prueba de los hechos*, que es, a mi juicio, actualmente el mejor libro sobre teoría de la prueba jurídica. Es un escándalo, pero también sintomático del problema que acabo de mencionar, que no haya traducción inglesa del mismo. Para mi análisis de los paralelismos entre el derecho mexicano y el estadounidense ha sido de una enorme ayuda mi amigo ENRIQUE CÁCERES, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM), cuyo conocimiento de la jurisprudencia mexicana es impresionante.

Hace dos años, recibí una invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas para realizar un seminario de epistemología jurídica en posgrado. Junto a los pacientes estudiantes, que sufrieron mi primer intento de escribir este libro, participó regularmente un muy brillante filósofo del derecho: LES GREENE. Sus sagaces preguntas han evitado algunos serios errores. Más allá del ámbito del derecho, debo mencionar mi deuda continuada con los penetrantes análisis de DEBORAH MAYO acerca de la naturaleza del error y la lógica del diseño de los test estadísticos.

Más cerca de casa, estoy muy agradecido con mis colegas de la UNAM, quienes no me objetaron cuando anuncié que durante un par de años restaría tiempo a mis deberes como filósofo de la ciencia para estudiar un poco acerca del derecho. Si no fuera por su generosa provisión de tiempo para el permiso de estudio, escribir este libro hubiera sido imposible. Finalmente, quiero reconocer mi profunda deuda con mi esposa, Rachel, quien (entre otras muchas cosas) trabajó duramente —pero con un éxito limitado— para hacer que este libro fuera comprensible para lectores no especialistas.

Dos capítulos del libro (el segundo y el cuarto) son versiones muy reformadas de artículos ya publicados, o que lo serán muy próximamente, en *Legal Theory*. Sigo estando impresionado de que los editores de esa prestigiosa revista (LARRY ALEXANDER, JULES COLEMAN y BRIAN LEITER) estuvieran dispuestos a acoger a un completo foráneo como yo.

Guanajuato, México, 1 de agosto de 2005.

PREFACIO A LA EDICIÓN EN CASTELLANO

Se ha convertido en un tópico introducir un libro sobre la prueba en el proceso judicial, que adopte una perspectiva propia de la teoría racionalista de la prueba, advirtiendo la grave escasez de estudios al efecto en nuestra tradición jurídica. A pesar de ello, no resisto la tentación de hacerlo de nuevo. En efecto, en general los estudios realizados en el ámbito de la doctrina procesal se han limitado a dar cuenta de las reglas sobre la prueba propias de cada ordenamiento, mientras que la filosofía del derecho ha caminado de espaldas a los problemas probatorios, incluso cuando ha puesto la atención en la justificación de las decisiones judiciales.

Sin embargo, esto no es lo más grave. Como he procurado mostrar en otros lugares, la concepción dominante de la prueba (tanto en el mundo jurídico de tradición romano-germánica como en el de tradición anglosajona) es la psicologista o persuasiva. Sus características principales son las siguientes: *a)* sostiene que el objetivo fundamental de la prueba es producir el convencimiento del juzgador (o su persuasión o su íntima convicción); *b)* defiende una concepción fuerte y excluyente del principio de inmediación, de modo que nadie que no haya tenido acceso inmediato a las pruebas puede valorarlas o revisar su valoración; *c)* limita las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales a los aspectos propiamente jurídicos, no fácticos, del razonamiento y *d)* excluye la posibilidad de controles sobre la corrección del razonamiento probatorio en sede de recursos. No es extraño que si la decisión sobre los hechos probados forma parte de la convicción íntima del juzgador, no es necesario justificarla y no admite controles, se haya considerado que había poco que teorizar al respecto. Y si esto fuera así, un libro como éste no tendría siquiera sentido.

La denominada teoría racional de la prueba, que hunde sus raíces en autores anglosajones como THAYER, WENMORE y BENTHAM, sostiene en cambio que el objetivo fundamental de la prueba en el proceso no puede ser otro que la averiguación de la verdad. Aunque claro está, este objetivo puede competir en algunos casos con otros cuyos efectos para el caso sean antagónicos con el primero. Decir que una hipótesis sobre los hechos está probada significa, para esta teoría, que dispone de suficientes elementos que la corroboran. Y, como cualquier otro, el razonamiento que llega a esa conclusión es controlable. Dicho de otro modo: no hay en esta concepción una diferencia fundamental entre el razonamiento sobre los hechos que se produce en el marco de una decisión judicial y el que se da en cualquier otro ámbito de la experiencia, incluida la ciencia.

Por ello, nada justifica la autonomía del razonamiento probatorio jurídico. Contra las tesis sostenidas por autores clásicos, como CARNELUTTI, y actuales (permítame el lector ahorrarme las citas), la prueba jurídica no es distinta de la prueba en física, en medicina, en biología o en paleontología. Lo son, sí, sus reglas de admisión y de exclusión de pruebas, las reglas tasadas de valoración de la prueba, etc., pero si estamos en un sistema de libre valoración de la prueba, decir que una hipótesis ha alcanzado un nivel de corroboración suficiente para considerarla probada significa lo mismo, y exige metodológicamente lo mismo, en cualquiera de esas disciplinas.

No es extraño que hayan sido entre nosotros autores como TARUFFO, GASCÓN, GONZÁLEZ LAGIER o UBERTIS quienes hayan recurrido a la epistemología y a la filosofía de la ciencia para fundar filosóficamente sus teorías sobre la prueba en el derecho. Si no hay una autonomía del razonamiento probatorio jurídico, entonces el problema de la justificación de las decisiones sobre los hechos en el derecho es netamente un problema epistemológico. Y es bajo esa orientación que en los últimos años algunos de los más importantes epistemólogos y filósofos de la ciencia, como LARRY LAUDAN y SUSAN HAACK, se han interesado por la prueba jurídica, concebida como un caso más en el laboratorio de los problemas del conocimiento.

LARRY LAUDAN está sin duda entre los más importantes epistemólogos y filósofos de la ciencia del siglo XX. Su filosofía parte de la noción básica de tradición de investigación, de resonancias lakatianas en su origen, para anclar en ella la evaluación de las teorías científicas en su contexto histórico (algo imprescindible desde el punto de vista de LAUDAN). Sus aportaciones han sido fundamentales en el debate sobre la posibilidad de progreso en la ciencia y las condiciones necesarias para que pueda darse ese progreso. Desde esa larga experiencia en la filosofía de la ciencia abocó su interés, desde hace más de 12 años, al análisis del conocimiento de los hechos en el proceso penal (estadounidense). Fruto de ese trabajo, en 2006, se publicó la versión inglesa original de este libro.

Si el hecho de que el razonamiento probatorio jurídico no sea más que una aplicación al ámbito del derecho de la epistemología general animó a algunos (pocos) juristas a acudir a la formación epistemológica para mejorar aquel razonamiento, estamos aquí ante un caso de recorrido inverso. LAUDAN es un epistemólogo que se interesa por el conocimiento de los hechos en el derecho.

Ahora bien, aunque la prueba jurídica no sea conceptualmente distinta de la prueba en otros ámbitos de la experiencia, ello no implica que no tenga sus propias reglas; reglas que, aunque no regulen propiamente la valoración de la prueba, sí establecen las condiciones de admisibilidad y exclusión de la prueba, los mecanismos de la práctica de la prueba y, muy especialmente, los niveles de suficiencia probatoria para que pueda aceptarse una hipótesis sobre los hechos. Esas reglas pueden ser analizadas desde muchos puntos de vista. Uno de ellos es el epistemológico: una vez asumido que el objetivo principal de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad, pueden analizarse las reglas procesales sobre la prueba a la luz de si favorecen o dificultan que se alcance ese objetivo (permitiendo distinguir entre lo que Marina Gascón ha llamado reglas epistemológicas y contraepistemológicas). Y también resulta de interés estudiar de qué manera afectan a la distribución del riesgo de error entre las partes. En ese marco, el interés fundamental de LAUDAN en este libro se sitúa precisamente en la necesidad de formulación de estándares de prueba para que la decisión sobre los hechos en el proceso penal pueda ser sometida a control racional. Analiza críticamente de forma muy eficaz el pretendido estándar del más allá de toda duda razonable y presenta qué elementos deberíamos tomar en consideración a la hora de formular un estándar. Y es aquí donde su análisis es más original en el contexto del debate jurídico: la posibilidad de errores en la determinación de los hechos es ineliminable; se pueden reducir los errores, pero no eliminarlos completamente. La función del estándar de prueba es distribuir los errores entre las partes. Así, por ejemplo, cuanto más exigente sea un estándar de prueba en el proceso penal, menos inocentes condenados habrá, pero más culpables absueltos. Y a la inversa, si se rebaja la exigencia probatoria, menos culpables resultarán absueltos, pero más inocentes serán condenados. Es decisión de cada sociedad establecer el estándar de prueba en un nivel u otro de exigencia en función de la distribución de errores que estime soportable.

Una vez decidida esa distribución y su estándar de prueba correspondiente, ninguna otra regla procesal debería afectar, en opinión de LAUDAN, al reparto de errores, para así no alterarlo de manera incontrolable. Las demás reglas procesales sobre la prueba deberían tener la función de la disminución del total de errores, no de su distribución entre las partes. Pues bien, con esa perspectiva general, LAUDAN analiza críticamente el derecho proce-

sal penal norteamericano (en muchos aspectos no tan distinto del nuestro), en atención a su incidencia en las posibilidades de alcanzar el conocimiento sobre los hechos, *i.e.*, la verdad.

En mi opinión, uno de los aspectos en el que la teoría racional de la prueba tiene más camino por recorrer es el de mostrar la necesidad de contar con estándares de prueba que permitan controlar las decisiones sobre los hechos y aportar el apoyo epistemológico para la formulación de esos estándares. La decisión sobre el nivel de exigencia del estándar es netamente política, pero una vez tomada, la epistemología jurídica debe proporcionar los instrumentos para que podamos formularlo de modo preciso. Para realizar esa labor este libro es literalmente imprescindible.

En mi opinión, la importancia del libro para este tipo de análisis es tal que propuse, antes incluso de su publicación en inglés, su traducción al castellano y asumí la tarea de realizarla. Desgraciadamente, el tiempo pasó y, como suele decirse, lo urgente relegó a lo importante. Y lo lamento mucho. Pero afortunadamente Carmen VÁZQUEZ y Edgar AGUILERA asumieron el proyecto y han realizado una labor excelente, que acerca al lector en español una obra fundamental de la epistemología jurídica. Sólo para calmar mi mala conciencia acepté escribir este prefacio. De otro modo, hubiese prevalecido la consideración de que los discípulos no deben prologar a los maestros.

Jordi FERRER BELTRÁN
Universitat de Girona

CAPÍTULO I

SOBRE EL ERROR EN EL PROCESO PENAL

De sobra está decir que no tenemos deseo alguno de atentar contra la justicia en los procesos penales. Sin embargo, debe quedar claro lo que significa hacer justicia en este contexto. Significa, o debiera significar, que el derecho garantizará, tanto como sea posible, que el resultado del proceso sea el correcto.

*Criminal Law Revision Committee*¹

Debajo de las cuestiones relativas a la culpabilidad o inocencia yace una verdad objetiva; que el acusado, de hecho, haya o no cometido los actos constitutivos de los cargos que se le imputan. Desde el momento en que se sospecha del acusado hasta el punto en que se decide sobre su culpabilidad o inocencia, nuestro sistema de justicia penal está diseñado para crear las condiciones que permiten al juzgador de los hechos descubrir la verdad apeándose a derecho.

Magistrado Lewis POWELL²

1. UN MAPA DEL CAMINO A SEGUIR

Si miramos de cerca el sistema de justicia penal de los Estados Unidos (o el de casi cualquier otro lugar), muy pronto se vuelve evidente que hay

¹ *Criminal Law Revision Committee*, Eleventh Report, Evidence (General), 1972. Crim. L. 4991, p. 62-4.

² Opinión disidente del magistrado Powell en *Bullington v. Missouri*, 451 US 430 (1981).

tres familias distintas de valores, intereses, fines u objetivos básicos que lo encauzan. El primero de esos objetivos centrales consiste en averiguar la verdad sobre el delito en cuestión y, por tanto, en evitar el pronunciamiento de veredictos falsos; que es a lo que llamaré el objetivo de la *reducción del error*. El segundo parte del reconocimiento de que, sin importar cuánto quieran evitarse, de vez en cuando, ocurrirán errores. Este objetivo aborda la pregunta de qué clase de error, una condena falsa o una absolución falsa, es más serio y, por tanto, más prioritario que se reduzca. En concreto, la preocupación en este punto tiene que ver con la forma en que se distribuyen los errores referidos. Ahora bien, dado que virtualmente todos aceptamos que condenar a una persona inocente constituye un error más costoso que absolver al culpable, en la tradición del *common law* se han consolidado un conjunto de doctrinas y prácticas acerca de cómo conducir un proceso penal de manera tal que, cuando algún error ocurra, éste sea, con mayor probabilidad, una absolución falsa y no una condena falsa. Por razones obvias, en este trabajo sostendré que estas cuestiones tienen que ver con el objetivo de la *distribución del error*. El tercer conjunto de valores a cuya materialización se encaminan los sistemas de justicia penal (no sólo el de Estados Unidos) es más bien una miscelánea de intereses que no tienen que ver directamente con las clases de error a las que hemos aludido, sino que se enfocan en otros asuntos también considerados importantes en el desempeño del sistema de justicia penal. Asuntos tales como el uso eficiente de recursos, la protección de los derechos de los acusados y otros bienes sociales, por ejemplo la sanidad del matrimonio (no se puede obligar a que los consortes testifiquen uno en contra del otro) o la preservación de buenas relaciones con otras naciones (por eso los funcionarios del servicio diplomático de otros países generalmente no pueden ser condenados sin importar la contundencia de las pruebas que obran en su contra). Me referiré a esta variedad de intereses como *valores de política pública, no-epistémicos*. Tales cuestiones son consideradas aquí debido a que, pese a que no forman parte del proyecto de la búsqueda de la verdad, su implementación frecuentemente genera obstáculos para aquél.

Tanto jueces como académicos han insistido enfática y repetidamente en que el más fundamental de estos valores u objetivos es el primero; el de averiguar si en efecto ha ocurrido el delito que se alega y, si es el caso, determinar quién lo cometió. La Corte Suprema de los Estados Unidos sintetizó lo anterior en 1996 diciendo que «el propósito básico del proceso penal consiste en la determinación de la verdad»³. Y es que sin una determinación acertada de los hechos es imposible alcanzar justicia. Ello debido a

³ *Tehan v. US*, 383 US 406: 416 (1966).

que una resolución jurisdiccional justa depende crucialmente de establecer correctamente quién hizo qué cosa a quién. Aunque la verdad no sea en sí misma una garantía de que se obtendrá justicia, sí constituye un requisito previo de aquélla. Aunado a lo anterior, la legitimidad pública, tanto como la justicia, demandan precisión en los veredictos. Un sistema de justicia penal que fuera frecuentemente percibido como uno que condena al inocente y que absuelve al culpable no conseguiría ganarse el respeto, ni la obediencia, de los gobernados. Por tanto, parece adecuado decir que, con independencia de otras características, un sistema de justicia penal es primordialmente un *motor epistémico*, es decir, un dispositivo o herramienta para descubrir la verdad a partir de lo que a menudo comienza con una mezcla confusa de pistas e indicios. Decir que estamos comprometidos con la reducción del error en los procesos penales es sólo otra forma de manifestar que estamos profundamente preocupados por averiguar la verdad mediante esta institución. Si esto es así, entonces viene completamente al caso preguntar si los procedimientos y reglas que estructuran y regulan un proceso penal conducen genuinamente a la averiguación de la verdad.

El esfuerzo por responder la pregunta previa constituye lo que en el subtítulo de este libro he llamado «Epistemología Jurídica». En términos generales, la epistemología aplicada es el estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación que pretenden estar buscando la verdad (en diferentes ámbitos) cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo. Los teóricos del conocimiento — como a veces se conoce a los epistemólogos — son quienes rutinariamente examinan prácticas de esta naturaleza, como la ciencia o las matemáticas, a los efectos de diagnosticar si son capaces de cumplir con su pretendido propósito (averiguar la verdad).

En claro contraste, la epistemología jurídica apenas existe como un área reconocida de reflexión. Pese a la aceptación casi universal de la premisa de que un proceso penal es una institución jurídica que busca averiguar la verdad sobre algún delito, reina una considerable incertidumbre y confusión en torno a si las múltiples reglas procesales y probatorias que estructuran el sistema de impartición de justicia penal, facilitan u obstaculizan el descubrimiento de la verdad. Y peor aún, ha habido un escaso — aunque precioso — análisis sistemático acerca de cómo podrían modificarse las reglas existentes para incrementar la probabilidad de que se produzcan veredictos verdaderos. De modo que la epistemología jurídica, concebida apropiadamente, consta de dos proyectos: a) uno de carácter descriptivo, consistente en determinar cuáles de las reglas vigentes promueven o facilitan la verdad y cuáles la obstaculizan, y b) otro normativo, consistente en proponer cambios en las reglas existentes al efecto de modificar o eliminar aquellas que constituyan impedimentos graves para la búsqueda de la verdad.

La consolidación de la epistemología jurídica se vuelve mucho más difícil en vista de que, como dijimos antes, a la par de los objetivos, intereses o valores epistémicos, también están en juego valores no-epistémicos. En muchos casos, aunque no en todos, estos valores no-epistémicos colisionan con los epistémicos. Consideremos un claro ejemplo: si nos tomáramos en serio el objetivo de reducir los errores y si igualmente reconociéramos que los jurados en ocasiones se equivocan en sus fallos, entonces el remedio obvio sería implementar un sistema de revisión judicial que permitiera apelar tanto absoluciones como condenas. En Estados Unidos tenemos lo segundo, claro, pero no lo primero. Cada absolución errónea elude ser detectada precisamente porque escapa a ser revisada. Ahora bien, la ausencia de un mecanismo de apelación de las absoluciones, claramente no está inspirada en la preocupación de averiguar la verdad; al contrario, tal asimetría garantiza la comisión de más errores de los necesarios. La justificación de no permitir la apelación de una absolución descansa, más bien, en un valor o interés de política pública: la doctrina del *Double Jeopardy* (Doble Riesgo)^{*} o también conocida (o el principio *Non Bis In Idem*), la cual garantiza que ningún ciudadano será juzgado dos veces por el mismo delito. De modo que permitir que proceda la apelación en el caso de las absoluciones, lo que conlleva la posibilidad de que aquéllas sean revocadas y de que se ordene un nuevo juicio^{**}, es incompatible con el derecho a no ser juzgado más de una vez. Nos encontramos entonces ante una encrucijada: tener que decidir entre reducir errores y respetar los tradicionales derechos de los acusados. ¿Cómo podríamos resolver un conflicto entre valores tan básicos como los anteriores? ¿Necesitamos asumir que los derechos del acusado siempre vencerán en caso de conflicto con el interés de averiguar la verdad, o viceversa? ¿Acaso existe un mecanismo para acomodar adecuadamente ambas clases de preocupaciones? Tales interrogantes también deben formar parte del núcleo de la agenda de la epistemología jurídica.

* *N. de los TT.*: La expresión «*Double Jeopardy*» es muchas veces traducida como «*Non bis in idem*». Sin embargo, el principio de «*Non bis in idem*» puede entenderse de forma más restrictiva o más amplia. En el primer sentido proscribía únicamente que alguien pueda ser sancionado dos veces por la misma acción. En el segundo sentido, incluye también una faceta procesal, de tal modo que nadie pueda ser sometido dos veces a proceso por la misma acción; por ello, en ocasiones *Double Jeopardy* se ha traducido también como «prohibición de doble exposición». En el texto usaremos la expresión «*Non bis in idem*», entendiéndola en su acepción amplia.

** *N. de los TT.*: De oficio o a petición de parte, después del juicio oral se puede pedir la anulación de las determinaciones resueltas (o parte de ellas) y se ordene un *new trial* (nuevo juicio) por razones como que ha habido pruebas insuficientes sobre los hechos, hay pruebas recién descubiertas o, incluso por considerar que hubo una conducta indebida por parte del jurado. En algunas jurisdicciones, esta moción es un paso obligatorio antes de que la parte pueda apelar la decisión. Y también algunas veces los tribunales de apelación al revocar la decisión de primera instancia, envían el caso al juzgado para un nuevo juicio de todas o parte de las cuestiones que dieron pie a la revocación.

Este libro constituye un primer esfuerzo de establecer tal agenda. En este capítulo formulo, de la manera más clara que me es posible, lo que significa hablar de errores en el derecho procesal penal. En ausencia de una comprensión adecuada de los mismos, obviamente no podemos siquiera comenzar a pensar en estrategias para su reducción. De los capítulos II al IV examinaremos en detalle un conjunto de preguntas importantes relacionadas con la distribución del error. Los capítulos V al VIII se enfocan en ciertas reglas relativas al tratamiento de las pruebas (reglas probatorias) y a la instauración de procedimientos (reglas procesales) que parecen representar serios obstáculos a la búsqueda de la verdad. Estos capítulos incluyen tanto críticas a las reglas existentes como numerosas sugerencias para corregir las deficiencias que, desde mi punto de vista, aquéllas presentan. Por su parte, el capítulo final examina algunas posibles soluciones a los turbulentos problemas generados por las tensiones entre valores o intereses epistémicos y no-epistémicos.

2. UNA PROPUESTA DE EXPERIMENTO MENTAL

Los dos pasajes citados en el epígrafe de este capítulo, tanto el del magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Lewis Powell, como el del Comité de Revisión del Derecho Penal de Inglaterra, articulan una buena y noble aspiración: averiguar la verdad acerca de la culpabilidad o inocencia de los sospechosos de cometer un delito. Sin embargo, no es posible interpretar tales pasajes como una descripción del estado actual en que se encuentra la impartición de justicia estadounidense, de manera que permanecen como lo dicho, es decir, como una aspiración más que como una realidad. Al sostener lo anterior no me limito a decir que algunas veces tienen lugar injusticias en términos de la ocurrencia de fallos falsos. Los errores ocasionales son inevitables y, por tanto, tolerables, en cualquier modalidad de investigación humana. Quiero decir, más bien, que muchas de las reglas y procedimientos que regulan los procesos penales en los Estados Unidos — reglas que, en su mayoría, supuestamente están diseñadas para ayudar en el proceso de averiguación de la verdad — son ellas mismas las *causantes* de muchos veredictos incorrectos. Quiero decir, también, que el estándar de prueba aplicable en materia penal, «más allá de toda duda razonable», es abismalmente poco claro para todos aquellos — jurados, jueces y abogados — cuya tarea consiste en velar por la satisfacción de dicho estándar en cada caso. En los capítulos que siguen mostraré que el sistema de justicia penal actualmente vigente en los Estados Unidos no lo habría diseñado deliberadamente alguien que estuviera interesado en averiguar la verdad⁴.

⁴ Si el lector considera que mis comentarios acerca de la falta de un diseño coherente de reglas procesales y probatorias constituye una falta de respeto a los *padres fundadores*, me apre-

Una forma muy natural de demostrar la hipótesis precedente consistiría en examinar dichas reglas, una por una, con el objeto de identificar aquellas que están impidiendo que la búsqueda de la verdad prospere. De hecho, en los siguientes capítulos me entregaré en buena medida precisamente a esta tarea. No obstante, como descubriremos eventualmente, determinar si una práctica, procedimiento o regla probatoria promueve la obtención de la verdad o la obstaculiza, es mucho más difícil de lo que a primera vista parece. En suma, requerimos de ciertas pautas o criterios generales para decidir si cualquier procedimiento jurídico dado facilita o impide la realización de fines epistémicos. Más aún, para los efectos de nuestro análisis, necesitamos dejar de lado temporalmente las preguntas relacionadas con el papel que los valores no-epistémicos desempeñan en la administración de justicia. Así, habremos de actuar como si averiguar la verdad fuera nuestra preocupación predominante. Claro está que en la vida real este presupuesto es dudoso.

Como hice notar de antemano, los procesos penales están influenciados por una serie de valores extra-epistémicos que van desde el interés en proteger los derechos del acusado hasta cuestiones como su eficiencia y celeridad (no por nada insistimos en sostener que justicia lenta es justicia denegada). La tendencia prevaleciente en la academia es considerar todos estos valores —epistémicos y no-epistémicos— como estrechamente fusionados. Pienso que esto no puede producir más que confusión. En lugar del estilo familiar de análisis, que gusta de hacer malabares lanzando al aire —al mismo tiempo— todos los valores aludidos, propondré proceder mediante un experimento mental. Sugiero que inicialmente nos concentremos totalmente en las cuestiones concernientes a la búsqueda de la verdad y a la elusión del error. En este orden de ideas, trataré de descifrar qué clases de reglas procesales y probatorias podríamos implementar a los efectos de satisfacer los objetivos anteriores. Posteriormente, contando ya con dicho análisis, podemos volver a comparar el sistema vigente de reglas y procedimientos con nuestro sistema hipotético, al que consideraremos como el *óptimo desde el punto de vista epistémico*. Cuando identifiquemos, como sucederá repetidamente, discrepancias entre las clases de reglas que implementaríamos si la búsqueda de la verdad fuera realmente el valor básico y aquellas reglas

suro a añadir que el sistema vigente es uno que ellos apenas y podrían reconocer, si es que lo reconocen del todo. Muchos de los elementos y características del sistema estadounidense de justicia penal que obstaculizan la verdad y conducen al error —que serán discutidos en detalle posteriormente— fueron adiciones, suplementos y, a veces, transformaciones flagrantes de la práctica penal estadounidense tal y como era a principios del siglo XIX. El Congreso o las cámaras locales impulsaron algunos de estos cambios; los propios jueces crearon la mayoría de éstos como remedios para problemas serios derivados del sistema del *Common Law* o de prácticas policíacas abusivas. Algunas de esas modificaciones datan de finales del siglo XIX, pero la mayoría, del siglo XX.

que de hecho están vigentes, estaremos en condiciones de preguntarnos si las reglas epistémicamente endebles que hayan sido detectadas, conducen a la materialización de valores alternativos al de averiguar la verdad y, de ser así, nos preguntaremos también si aquellos valores deberían prevalecer ante valores epistémicamente más robustos. Aunque no consideraré los valores no-epistémicos en la primera fase del análisis, no deseo sugerir en ningún momento que aquellos no sean importantes y que deban ser excluidos del *análisis final*. Pero, si hemos de comprender adecuadamente el núcleo de cuestiones epistémicas que están en juego en el diseño y operación de los procesos penales, es mejor que, en un principio y sólo temporalmente, hagamos a un lado cualquier otra consideración.

Si al lector pudiera parecerle una locura tratar de entender el sistema de impartición de justicia ignorando aspectos que todos convergen en considerar como valores clave, le recuerdo que este método de abstracción conceptual y de sobre-simplificación ha probado su utilidad en otras áreas de la actividad intelectual, pese al hecho de que, en efecto, cada sobre-simplificación constituye una falsificación de las complejidades del mundo real. Solicito al lector que considere lo que es quizá el mejor ejemplo del poder de esta forma de proceder: en la etapa temprana de lo que después habría de conocerse como la revolución científica, Galileo se propuso resolver un misterio que había perturbado a los filósofos naturales por casi dos milenios: explicar la caída de los cuerpos pesados. Todo mundo vagamente comprendía que la velocidad de caída era el resultado de varios factores. La forma del cuerpo, por ejemplo, hace una diferencia: un pedazo plano de papel cae más lento que otro que ha sido compactado a la forma de una bola o pelota. Por otra parte, el medio a través del cual el cuerpo cae también constituye un factor relevante: los cuerpos pesados caen mucho más rápido a través del aire que a través del agua o el aceite. Ahora bien, las teorías anteriores sobre la caída libre habían identificado la resistencia del medio como el factor clave para determinar la velocidad de caída. Sin embargo, la estrategia que Galileo siguió puso en cabeza a aquel presupuesto. Ignoremos, propuso Galileo, la forma de los cuerpos, *pero también* su peso y las propiedades del medio a través del que caen (todos ellos, factores obvios). Asumamos, sugirió, que la única cosa relevante que hay que saber es cuán fuerte son atraídos hacia la Tierra los cuerpos por lo que ahora llamaremos el campo gravitacional en el que se encuentran. Realizar esta simplificación flagrante de la cuestión permitió a Galileo desarrollar la primera explicación coherente del fenómeno de la caída de los cuerpos, que hasta la fecha es conocida por los estudiantes del bachillerato como la «Ley de Galileo». Habiendo desarrollado un modelo sobre cómo caerían los cuerpos si la resistencia del medio fuere prescindible (que por supuesto no lo es), si su forma fuese irrelevante (la cual, tampoco lo es) y excluyendo la información relativa a su peso,

Galileo procedió a reinsertar tales factores en el panorama, para así estar en condiciones de explicar fenómenos del mundo real (algo que no hubiese sido posible si no hubiese ignorado en un inicio estos constreñimientos). El poder de un modelo de esta naturaleza no radica en representar fielmente el funcionamiento del fenómeno estudiado en la primera oportunidad sino, más bien, en el procedimiento mismo de establecer cómo funcionarían las cosas bajo ciertas condiciones limitadas y bien definidas, lo cual permite luego re-incorporar tantas complejidades como sean necesarias, sin tener que abandonar las lecciones a las que nos condujo la abstracción inicial.

Planteo un experimento mental similar para el caso del derecho procesal penal. Partiendo de tomar en serio a la Corte Suprema cuando dice que la función principal de un proceso penal es averiguar la verdad, deseo descifrar cuál sería la forma en que conduciríamos tales procesos suponiendo que el objetivo o la meta *predominante* fuese averiguar la verdad sobre el delito en cuestión. Ahí donde detectemos discrepancias entre las reglas y los procedimientos del mundo real y las reglas y los procedimientos epistémicamente ideales (adelanto que habrá una legión de tales discrepancias), necesitaremos preguntarnos si realmente los costos epistémicos inducidos por las reglas y procedimientos actuales son suficientemente contrarrestados por beneficios tales como el incremento de la eficiencia o la protección de los derechos de los acusados, de modo tal que se justifique continuar con dicha forma de conducir el proceso sin alteración alguna.

Los anteriores no serán asuntos fáciles de resolver a la luz de que, como puede verse, involucran la ponderación de valores frecuentemente considerados inconmensurables. Sin embargo, dichas cuestiones no pueden siquiera plantearse adecuadamente, ni mucho menos resolverse, hasta que no hayamos obtenido mayor claridad acerca de qué aspectos o elementos del actual régimen procesal representan obstáculos a la verdad y cuáles no. El hecho de que la academia estadounidense tiende a sostener que los derechos (del acusado) casi invariablemente vencen al interés de averiguar la verdad (cuando estos valores colisionan), ha provocado que no haya una discusión suficiente —y saludable— sobre el problema de si ciertas prácticas jurídicas cotidianas —ya sea aquellas que estén enraizadas en la tradición del *common law*, que estén establecidas en la Constitución o que hayan sido diseñadas como remedios judiciales a los abusos legislativos— son o no prácticas que intrínsecamente actúan en detrimento de la obtención de la verdad.

Mi intención al diseñar este experimento mental consiste en abrir un espacio conceptual en el que podamos discutir cándidamente las cuestiones referidas, sin toparnos inmediatamente con la supuestamente infranqueable objeción del tipo «pero x es un derecho» o «x está ordenado (o prohibido) por la Constitución». Del mismo modo en que Galileo persistió en su postu-

ra de no considerar la resistencia del aire hasta no haber comprendido cómo caían los cuerpos estando ausente tal condición, así yo, hasta no tener sobre la mesa un modelo de cómo sería una búsqueda desinteresada de la verdad en materia penal, trataré de adherirme al punto de vista de que cuanto menos se hable de derechos, tradiciones y doctrinas jurídicas y de derecho constitucional, será mejor.

Ahora bien, previamente dije que el experimento mental aquí propuesto implicaría descifrar cómo podrían ser conducidos los procesos penales si partiéramos de suponer que lograr fallos correctos es la meta principal de tales procedimientos. Esto podría sugerir al lector que pretendo presentar un conjunto completo de reglas y procedimientos para la conducción de los referidos procesos, partiendo desde lo que podríamos llamar un *cerro epistémico*. No obstante, lo anterior no es el proyecto que tengo en mente y ello en virtud de que claramente existe una multiplicidad de formas diferentes y divergentes de proceder a la búsqueda de la verdad, lo cual (me apresuro a agregar) no es lo mismo que decir que existen múltiples y divergentes tipos de verdad por encontrar. Consideremos una entre las muchas preguntas que podríamos encarar: Si nuestro objetivo es maximizar las probabilidades de hallar la verdad ¿deberíamos implementar un sistema de jurados u optar por la alternativa de los jueces profesionales? No creo que haya una respuesta correcta a este interrogante, ya que es perfectamente concebible que pudiéramos diseñar conjuntos de procedimientos capaces de habilitar a un juez o a un jurado, a los efectos de emitir fallos que fueran verdaderos la mayoría de las veces. Los angloparlantes tienen una predilección por los juicios seguidos ante jurado, mientras que en la tradición del derecho romano-germánico se prefiere que sea un juez profesional quien juzgue las cuestiones de hecho, o bien un tribunal mixto conformado por jueces y jurados. Por mi parte, no veo ninguna razón epistémicamente abrumadora en la cual sea posible fundar la preferencia por alguno de los modelos mencionados en detrimento de los restantes. Si nosotros, los anglosajones, contamos con alguna base racional, además de la familiaridad, para preferir el juicio por jurado, ésta tiene que ver más con las virtudes políticas y sociales asociadas al ideal de ser juzgado por nuestros propios pares, que con algún tipo de prueba contundente de que los fallos de los jurados tienen más probabilidades de ser correctos que los fallos de los jueces.

Para comenzar, intento proponer una serie de pautas que nos dirán qué es aquello en lo que debemos poner atención al decidir si cualquier arreglo o entramado particular de reglas probatorias y procedimientos es epistémicamente deseable. Esta forma de proceder no genera directamente una estructura de reglas y procedimientos para conducir los procesos penales. Lo que sí hace esta estrategia es decirnos cómo evaluar partes o porciones de cualquier estructura dada en términos de sus credenciales epistémicas. Así,

la estrategia establecerá criterios para evaluar cualquier regla probatoria o procedimiento como aceptable o no. Si el lector deseara una analogía, piense en cómo funcionan las reglas para demostrar la validez de los resultados en matemáticas. Generalmente esas reglas no generan pruebas o demostraciones estableciendo algún tipo de algoritmo formal; los matemáticos brillantes han de hacer precisamente eso por ellos mismos. Lo que sí hacen las reglas sobre la prueba matemática (salvo en circunstancias muy especiales) consiste en habilitar a quienes cultivan esta rama del conocimiento para determinar si una *supuesta* prueba o demostración es *en realidad* una prueba. En efecto, lo que sugeriré entonces será un conjunto de *meta-reglas* o de *meta-principios* que desempeñarán la función de permitirnos determinar si cualquier procedimiento o cualquier práctica de admisión o exclusión de pruebas que consideremos promueve, de hecho, fines epistémicos o, bien, los frustra.

Lo que estoy proponiendo es, en parte, una *meta-epistemología* del derecho procesal penal, esto es, un cuerpo de principios que nos permitirán decidir si cualquier procedimiento o regla jurídica dada tiene, o no, mayores probabilidades de desempeñarse como un elemento veritativo-conducente (*truth-conducting*) y error-reductor (*error-reducing*) dentro del sistema. El experimento mental que he venido describiendo supone someter a ambos procedimientos, reales e hipotéticos, al escrutinio que conlleva la aplicación de los principios referidos. Cuando descubramos reglas vigentes que fracasen en términos de servir a fines epistémicos, querremos preguntarnos si acaso no podrían reemplazarse por reglas que estén más orientadas a la consecución de la verdad y a la minimización del error. Si podemos hallar una contraparte más veritativo-conducente para la regla veritativo-frustrante (*truth-ithwarting*) que hayamos detectado, tendremos que decidir si los valores a los que sirve o pretende materializar la regla original (como por ejemplo, proteger ciertos derechos del acusado) son lo suficientemente fundamentales como para que su permanencia deba decretarse aún en detrimento de la búsqueda de la verdad.

Si, como dice el magistrado POWELL en el epígrafe, el sistema «está diseñado» para descubrir la verdad, el lector, con toda la razón, podría haber esperado que a estas alturas supiéramos ya bastante sobre la relación que cada uno de los componentes de dicho sistema guarda con esta gran ambición. La dura realidad es que sabemos mucho menos de lo que a veces creemos que sabemos. Numerosos académicos y jueces de apelación, como lo constataremos en varias ocasiones en capítulos ulteriores, continúan actuando y escribiendo como si ciertas porciones del sistema de justicia penal estuvieran basadas en una lógica epistémica cuando, en realidad, obstaculizan la búsqueda de la verdad. Y peor aún, algunos juristas incluso atribuyen el poder de reducir errores a posturas y doctrinas que, vistas desapasionadamente,

producen abundantes veredictos falsos. Tal como sucede con POWELL, los académicos, jueces y juristas referidos, se comprometen, pero sólo a nivel del discurso oficial, con el mantra de que la meta central del sistema es llegar a la verdad, al tiempo que respaldan viejas reglas, o promueven y apoyan nuevas, que disminuyen la capacidad del sistema para generar fallos correctos. En tanto los juristas sigan creyendo, como actualmente muchos creen, que ciertas reglas procesales establecidas judicialmente (como por ejemplo, la supresión de confesiones obtenidas mediante «coerción»)⁵ facilitan y promueven la averiguación de la verdad —cuando, de hecho, tienen el efecto opuesto— no puede haber más que confusión en lo que concierne a la cuestión de si se está contribuyendo a la verdad y cuándo.

Una de las razones por las que sabemos mucho menos de lo que deberíamos es que los tribunales en particular, pero también el sistema de justicia penal en general, tienden a desincentivar el tipo de investigación empírica que nos permitiría resolver definitivamente tales cuestiones. En lo que concierne a la filosofía, mis preferencias personales hacen que me incline en la dirección del naturalismo. Esto significa que creo que la mayoría de los asuntos de interés filosófico, en última instancia, descansan en averiguar cuáles son los hechos relevantes y dependen de ello. Aunado a lo anterior, creo que nuestros métodos de investigación deben ser constantemente sometidos a un escrutinio de corte empírico para determinar si, en efecto, están haciendo lo que esperamos que hagan. Al escribir este libro, he experimentado una frustración constante por la lentitud con que se produce y difunde información empírica que nos permitiría arribar a conclusiones claras en torno a cuán bien o cuán mal están funcionando nuestros métodos jurídicamente establecidos para averiguar la verdad en materia penal. En los casos en que estén disponibles estudios empíricos relevantes para las cuestiones tratadas en este trabajo, haré uso de ellos. Desafortunadamente por la escasez de pruebas concluyentes, en más ocasiones de las que hubiera querido, el análisis permanecerá al nivel de corazonadas o intuiciones sobre los efectos probables de ciertas reglas y procedimientos. Mi defensa para proceder así es simplemente que uno debe librar sus batallas con las armas de las que pueda echar mano en el momento.

Debo asimismo aclarar que me aproximo a las cuestiones referidas como un filósofo que observa el fenómeno jurídico desde fuera, y no como un abogado que opera desde dentro. A pesar de que durante varios años me he dedicado a pensar seriamente en los temas tratados en este libro, es seguro

⁵ Para profundizar en por qué utilizo las comillas, consúltese el capítulo VII, en el que se verá que la mayoría de las confesiones «coercitivas» no lo son en el sentido coloquial de esa expresión.

que no puedo abordarlos con la competencia y sutilezas de un abogado litigante en la materia⁶. Lo que me interesa del derecho procesal penal son las funciones —o disfunciones— que éste desempeña —y en las que incurre—, considerando como un sistema orientado a la averiguación de la verdad y a la elusión del error. Desde esta óptica, me encuentro menos interesado en cosas como los derechos de los acusados (en contraste con el interés que pudiera tener en estos asuntos un promotor de las libertades civiles o un abogado defensor) y más preocupado en cuán efectivo es el sistema de justicia penal en términos de producir fallos verdaderos. El análisis que este libro ofrece no pretende decir a los jurados ni a los jueces cómo resolver una causa penal; esas terribles decisiones han de depender de las características y circunstancias especiales de cada caso. En lugar de lo anterior, el objetivo del trabajo es uno más profiláctico consistente en señalar algunos errores que los juzgadores de los hechos habrían de evitar en el arduo camino hacia un fallo verdadero y justo.

Seguramente habrá lectores que esperen un tipo de tratamiento filosófico del derecho que se caracteriza por centrarse en cuestiones de moralidad y de derechos subjetivos o en los problemas relativos a la autoridad y a la esencia del derecho. Tales son los temas que han predominado en la filosofía del derecho en el transcurso del último medio siglo. El iusfilósofo más influyente en el mundo angloparlante, H. L. A. HART, escribió un espléndido y extenso libro de filosofía del derecho (*El Concepto de Derecho*, 1961) que prácticamente nada dice acerca de lo que he llamado aquí «epistemología jurídica». Una generación anterior, la contraparte continental de HART, HANS Kelsen, en su *Teoría Pura del Derecho* (1934), incurrió también en una situación semejante. Quienes esperen que aborde una agenda similar a los autores citados, quedarán sumamente decepcionados. A ellos en particular les digo lo siguiente: si es legítimo y fructífero que los filósofos morales, como Gerald DWORKIN o John RAWLS, vean en el derecho una oportunidad para llevar a cabo un ejercicio de reflexión ética y moral, ignorando la importancia de la búsqueda de la verdad en este ámbito, seguramente es igualmente apropiado aproximarse al derecho a través de los anteojos de la epistemología y de la teoría del conocimiento. Aunque ello no se ve reflejado en la literatura filosófica existente, es indispensable que los objetivos y metas del derecho, particularmente del derecho procesal penal, estén estrechamente vinculados a consideraciones y preocupaciones de naturaleza epistémica, al menos tan

⁶ Por ello, solicito a los lectores con mucho mejores conocimientos que yo sobre los detalles del derecho procesal penal y de la práctica jurídica respectiva, que pasen por alto los actos ocasionales de ignorancia de mi parte, de los que, sin duda, hay muchos; a menos, claro, que tales omisiones o imprecisiones tengan de hecho un impacto negativo en la coherencia del argumento que me encuentre elaborando.

profundamente como se les vincula con consideraciones y preocupaciones morales y políticas. Este libro deliberadamente se muestra irreverente a la apabullante inercia que supone que todos o la mayoría de los enigmas filosóficos interesantes que el derecho plantea tienen que ver exclusivamente con sus relaciones con la moral o con los fundamentos de su autoridad.

3. PRINCIPALES TIPOS DE ERROR

En este capítulo inicial, comenzaré por presentar algunas de las herramientas analíticas que requeriremos a los efectos de lidiar con una serie de problemas espinosos que se manifiestan tanto en la teoría como en la práctica del derecho procesal penal. Como ya es evidente desde su título, este libro tratará extensamente el tema de los errores en el proceso penal. Pues bien, dado que aproximarse al fenómeno jurídico como un ejercicio de epistemología (aplicada) inevitablemente significa que estaremos interesados en diagnosticar las causas del error, necesitamos tener claramente en mente, desde el principio, qué tipo de errores pueden ocurrir en un procedimiento penal.

En vista de que nos estamos centrando en errores puramente epistémicos, debo decir de inmediato que no uso el término «error» como lo usan los tribunales de apelación. Para estas instancias judiciales, un «error» tiene lugar sólo en caso de que una regla probatoria o algún procedimiento jurídico hayan sido violados, malinterpretados o mal aplicados. De modo que un tribunal superior puede determinar que ocurrió un error cuando, por ejemplo, el juez de la causa haya permitido la entrada al juicio oral de ciertas pruebas que, de acuerdo con las reglas existentes, debieron haber sido excluidas o, bien, cuando algún derecho constitucional del acusado haya sido transgredido. Asimismo, los tribunales superiores consideran que hay error si el juez de primera instancia, al instruir al jurado sobre el derecho, cometió alguna equivocación grave al describir el derecho aplicable al caso en cuestión de una forma que los tribunales superiores piensan incorrecta o confusa. Por otra parte, con mucha frecuencia, se considera que ocurrió un error si el jurado decidió condenar sin que la causa contra el acusado hubiese satisfecho el estándar de prueba que reza que la culpabilidad del acusado ha de quedar establecida «más allá de toda duda razonable»⁷.

En contraste, usaré el término «error» en un sentido estrictamente lógico y epistémico. Así, cuando sostengo que se ha producido un error quiero

⁷ Los tribunales de apelación estadounidenses suelen distinguir entre errores que, sin dejar de ser reconocidos como tales, no afectaron decisivamente al resultado de un proceso (a los que se les llama «errores superfluos»); y errores más serios, los cuales provocan que el proceso se repita o que se revierta la condena.

decir: *a*) si el caso penal ha alcanzado la fase del juicio oral y ha habido un veredicto al respecto, éste es falso; o, *b*) en caso de que la causa en cuestión no haya alcanzado tal instancia, una persona culpable ha eludido el juicio correspondiente o una persona inocente se ha declarado culpable y el tribunal ha aceptado tal determinación. En breve, para los propósitos de nuestra discusión, *ocurre un error cuando una persona inocente es tratada como culpable o cuando una persona culpable no es hallada como tal por el sistema*. Por obvias razones, llamaré a la primera clase de error un *falso hallazgo inculpatório* y, al segundo, un *falso hallazgo exculpatório*.

Hay dos puntos en los que debemos reparar en cuanto a la forma en que he venido definiendo los errores en el derecho procesal penal:

Primero, «error», en el sentido que atribuyo a esta expresión, no tiene nada que ver con determinar si el sistema siguió puntualmente o no las reglas jurídico-procesales (es decir, nada que ver con el sentido de «error» empleado por los tribunales de apelación) y todo que ver con determinar si los fallos judiciales en efecto condenan al culpable y liberan al inocente. Aun cuando no se hubieran producido el tipo de errores procesales de interés para las cortes de apelación, un fallo puede, no obstante, ser erróneo si termina liberando al culpable o condenado al inocente. El hecho de que en un juicio penal se hayan seguido escrupulosamente, al pie de la letra, las reglas procesales que regulan la admisibilidad de las pruebas y que instituyen ciertos procedimientos a seguir —evitándose con ello que los jueces de la causa sean reprendidos por los tribunales de apelación por haber violado las reglas respectivas— no es una garantía de que el veredicto sea correcto. Al contrario, dado que muchas de las reglas procesales vigentes (como veremos detalladamente en los capítulos por venir) son ellas mismas las que conducen a la emisión de veredictos falsos, bien puede suceder que los procesos que se hayan apegado a las reglas correspondientes tiendan más a producir fallos erróneos que los juicios que rompen algunas de ellas. De acuerdo con lo anterior, nuestra determinación de que se ha producido un error en una causa penal no tendrá nada que ver con el hecho de que el sistema judicial haya seguido sus propias reglas y, repito, todo que ver con el hecho de que dicho sistema haya identificado de forma acertada a las personas verdaderamente culpables y a las verdaderamente inocentes.

Segundo, las discusiones habituales en la academia —incluso las que pueden hallarse en autores que, como yo, enfatizan la verdad o falsedad de los fallos en lugar del seguimiento o violación de las reglas procesales-penales— tienden a ofrecer una definición de los errores que sólo es aplicable a aquellas causas que han llegado a la fase del juicio y han obtenido un veredicto. De forma por demás natural, tales autores aciertan en distinguir entre fallos verdaderos y fallos falsos. Ésta, sin duda, es una distinción legítima

e importante, sin embargo, no es ni la más general ni la más útil forma de diferenciar clases de error. Como ya lo ha indicado mi definición, sostengo que los errores ocurren en cualquier caso en que el inocente es condenado por el sistema y/o en el que el culpable no lo es. Obviamente, una manera en que pueden darse estos errores es en términos de una condena falsa o de una absolución falsa. Pero ¿qué hemos de decir de la persona culpable que ha sido arrestada, que se le han imputado cargos relativos a algún delito que sí cometió y que, pese a ello, la acusación decidió retirar los cargos o el juez desestimarlos? Estos casos son instancias de error con la misma certeza con que lo es una absolución falsa. Del mismo modo, si una persona inocente —que enfrenta pruebas poderosas en su contra— decide aceptar un trato con la acusación —declarándose, por tanto, culpable— ello constituye un error del sistema, al igual que lo es una condena falsa, aun cuando el caso respectivo no sea escuchado en el marco de un juicio y un jurado no haya pronunciado el veredicto que corresponde.

Claramente, el análisis aquí propuesto descansa sobre la posibilidad de hablar de quienes son verdaderamente culpables o verdaderamente inocentes. Al respecto, cabe destacar que una fuerte dosis de sinsentido ha invadido las discusiones recientes, tanto en el ámbito académico como en la charla del ciudadano de a pie. Por ejemplo (en una grotesca distorsión del principio de presunción de inocencia), uno frecuentemente suele escuchar que «el acusado es inocente en tanto su culpabilidad no sea probada», como si el sólo pronunciamiento del veredicto respectivo pudiera, de algún modo, crear los hechos del caso. Si fuera correcto que sólo un veredicto de culpabilidad o una declaración por parte del acusado en el mismo sentido, pueden convertir a alguien en culpable de un delito entonces no sería posible que existieran las absoluciones falsas. Ello debido a que no tendría sentido alguno decir, como implica la frase «absolución falsa», que un jurado absolvió a alguien que era (y sigue siendo) en realidad culpable. Dado que locuciones como la de «absolución falsa» son perfectamente comprensibles (tienen sentido), debemos rechazar la noción de que, de alguna extraña manera, los fallos crean la culpabilidad o la inocencia de las personas.

Otro obstáculo que impide hablar claramente sobre la culpabilidad e inocencia de las personas surge de la tendencia de moda consistente en suponer que el hecho de que alguien sea culpable o inocente de algún delito depende simplemente de si las pruebas ofrecidas y presentadas en juicio son suficientes o no para persuadir a una persona racional de que el acusado es culpable. La confusión aquí es más sutil que en el caso previo. Está enraizada en el hecho obvio de que la decisión en torno a la culpabilidad o la inocencia que corresponde tomar a quien, de forma racional, juzga las cuestiones de hecho en el marco de un proceso penal, dependerá necesariamente de la información sobre el supuesto delito que la dinámica del juicio

respectivo le suministre. La confusión surge cuando se considera que un veredicto es correcto en tanto cuadre con las pruebas presentadas, sin referencia alguna a lo que pasó en el mundo, fuera del jurgado. Siguiendo esta postura, un notable académico, Henry CHAMBERS, ha dicho que «lo que es verdad es aquello que las pruebas (presentadas en juicio) indiquen que es verdad»⁴. En oposición a lo que CHAMBERS dice, sostengo que nada de lo que un juez o un jurado puedan determinar con posterioridad al evento delictivo modifica los hechos que realmente tuvieron lugar. Asimismo, sostengo que mientras que lo que se presenta como prueba moldea el contenido del veredicto correspondiente, esas pruebas no determinan lo que es o no verdad respecto al delito de que se trate. Si no fuere así, de nuevo, no tendría sentido alguno hablar de un fallo verdadero o falso, sino sólo de si esas resoluciones están fundadas, o no, en inferencias razonables a partir de las pruebas disponibles. Sin embargo, hay ocasiones en que llegamos a la conclusión de que las pruebas presentadas en juicio estuvieron profundamente alejadas de representar los hechos que en verdad tuvieron lugar. En este sentido, algunas veces, personas genuinamente inocentes son equivocadamente condenadas y personas genuinamente culpables son equivocadamente exoneradas, aun cuando el jurado haya extraído las conclusiones más apropiadas posibles a partir de las pruebas disponibles (en suma, CHAMBERS confunde la verdad de un fallo con algo a lo que después me referiré como la *validez* de éste).

Permaneceré inamovible de la postura consistente en insistir en que la presunción de inocencia, cuando es entendida apropiadamente, no hace inocente a una persona genuinamente culpable y tampoco limpia del error a la absolución de esa persona genuinamente culpable. Asimismo, sostengo que los veredictos no constituyen los hechos, como tampoco lo hacen las pruebas presentadas en juicio. Lo que hacen los fallos y las pruebas es sancionar, de manera oficial, una hipótesis particular sobre los hechos del caso respectivo. Hablando estrictamente, las únicas personas inocentes son aquellas que no cometieron el delito, sin importar lo que un jurado haya podido concluir acerca de su culpabilidad o inocencia y con independencia de lo que las pruebas disponibles parezcan indicar. De igual manera, los genuinamente culpables (aquellos que sí cometieron el delito) siguen siéndolo aun si un jurado, actuando incluso racionalmente, termina por absolverlos. «Ser hallado culpable» y «ser culpable» son manifestaciones de cosas distintas. También lo son «ser presumido inocente» y «ser inocente». El argumento ingenuo de que lo que queremos decir al sostener que Jones cometió algún delito es que un jurado lo hallaría culpable, confunde la pregunta sobre lo que en realidad sucedió con cuestiones que tienen que ver con las decisiones o las

apreciaciones que tienen lugar en el marco de un conjunto de circunstancias idiosincrásicas al que llamamos «proceso penal». En suma, hay absoluciones falsas y condenas falsas, y la existencia de cada una de ellas implica que los veredictos no son analíticamente verdaderos ni que puedan autenticarse a sí mismos. De hecho, es precisamente porque no son analíticamente verdaderos y porque no pueden autenticarse a sí mismos, por lo que podemos hablar de veredictos erróneos aun cuando hayan surgido de procesos que fueron escrupulosamente justos (en el sentido de haber estado estrictamente apegados a derecho). Con la misma lógica, podemos hablar de fallos verdaderos, incluso en el caso de que en el juicio respectivo se hayan burlado grotescamente las reglas procesales vigentes.

Para ser más concisos, será útil explicitar el meollo de esta discusión que, en suma, consiste en lo siguiente: es legítimo, y en algunos contextos se vuelve esencial, distinguir entre la aseveración «Jones es culpable», en el sentido de que Jones cometió el delito en cuestión, y la aseveración «Jones es culpable», en el sentido de que el sistema jurídico lo ha condenado. Propongo denominar al primer sentido *culpabilidad material* (en adelante, culpabilidad *m*) y al segundo sentido, *culpabilidad probatoria* (en adelante, culpabilidad *p*). A estas alturas es evidente que culpabilidad (*m*) no implica la culpabilidad (*p*), ni viceversa.

De manera similar, podemos distinguir entre la *inocencia material* de Jones (en adelante, inocencia *m*), que significa que Jones no cometió el delito en cuestión, y la *inocencia probatoria* (en adelante, inocencia *p*), que significa que Jones fue exonerado o liberado del escrutinio judicial. Como en el caso de la culpabilidad (*m*) y (*p*), ninguno de los juicios que predicen la inocencia (*m*) o la inocencia (*p*) de Jones implican al otro. Ahora bien, con estas cuatro distinciones básicas en mente, podemos realizar combinaciones que nos serán de utilidad. Por ejemplo, Jones puede ser culpable (*m*), no obstante, ser inocente (*p*); o bien, Jones puede ser inocente (*m*), pero culpable (*p*). Cualquiera de las situaciones precedentes representa un error cometido por el sistema.

4. OTROS TIPOS RELEVANTES DE ERROR

Ya ha sido mencionada la distinción más básica que necesitamos; la de los hallazgos inculpatorios falsos y los hallazgos exculpatorios falsos. Estas clases de hallazgo constituyen justamente el tipo de errores que uno esperaría. De modo que un hallazgo exculpatorio falso ocurre cuando el sistema jurídico no acierta en condenar al verdadero delincuente, mientras que un hallazgo inculpatorio falso consiste en condenar a una persona inocente.

⁴ CHAMBERS, 1998: 668.

Sin embargo, necesitamos añadir un par de distinciones más a nuestro catálogo de tipos de error. Una de ellas implica separar los veredictos válidos de los veredictos inválidos. Un veredicto de culpabilidad será válido, de acuerdo con mi propuesta, siempre y cuando las pruebas presentadas en juicio establezcan que el acusado cometió el delito que se le imputa, satisfaciendo para ello el estándar de prueba aplicable. De lo contrario, el fallo de culpabilidad es inválido. Naturalmente, una absolución será válida siempre y cuando las condiciones para la emisión de una condena válida no hayan sido satisfechas y, en caso contrario, se tratará de una absolución inválida. La noción de validez aspira a capturar algo importante en relación con la calidad de las inferencias realizadas por quienes juzgan las cuestiones de hecho, ya sea que se trate de un juez o de un jurado. Los veredictos inválidos pueden ocurrir en alguna de las siguientes dos maneras: *a)* El juzgador de los hechos puede otorgar a alguno de los elementos de juicio mayor o menor peso del que genuinamente le correspondería; *o, b)* puede malinterpretar el grado de severidad del estándar de prueba aplicable. En cualquiera de estos casos, el veredicto respectivo es inferencialmente deficiente.

Es crucial recalcar que entre las dicotomías válido/inválido y verdadero/falso no existe una correspondencia perfecta. Determinamos la verdad de un veredicto (o de lo que he llamado aquí, un hallazgo) comparándolo con los hechos. Esto significa que la condena de Jones es verdadera sólo en caso de que Jones haya cometido el delito. En contraste, determinamos la validez de un veredicto, comparándolo con las pruebas presentadas en juicio y revisando si en efecto éstas satisfacen los requerimientos del estándar de prueba aplicable. Así como una inferencia deductiva puede ser válida aun cuando su conclusión sea falsa (por ejemplo, «todos los caballos pueden volar», «todos los sementales son caballos», por tanto, «todos los sementales pueden volar»), también un veredicto puede ser simultáneamente válido y falso. Usando la terminología de la sección anterior, decimos que es un veredicto válido aquel que concluye la culpabilidad (p) de Jones, incluso cuando es verdad que Jones es inocente (m). Siguiendo la misma lógica, un veredicto de no culpabilidad (una absolución) puede ser válido, aun en el caso de que Jones sea culpable (m).

Felizmente, en ocasiones resulta que los veredictos verdaderos también son válidos y que los veredictos falsos coinciden con ser inválidos. Pero ninguna de estas conexiones es sólida. Algunas veces, quizá con frecuencia, un jurado emitirá un veredicto válido que sea falso. Es decir, un veredicto que refleje una inferencia apropiada a partir de las pruebas presentadas en juicio que no obstante es falso fácticamente hablando. Lo anterior puede ocurrir cuando las pruebas que se admiten en el juicio, que por alguna razón están distorsionadas, invitan a concluir algo que no es compatible con lo que realmente sucedió. Sin embargo, aun cuando las pruebas no presenten

distorsión alguna, es decir, aun cuando sean en efecto representativas del delito en cuestión, todavía hay bastante espacio para que se produzca un veredicto válido y simultáneamente falso. De hecho, en Estados Unidos la implementación de un estándar de prueba tan severo como el actual (más allá de *toda duda razonable*) garantiza precisamente este efecto. A efectos de clarificar lo dicho previamente, supongamos que el estándar de prueba equivale a estar en condiciones de depositar una confianza del 95 por 100 en la culpabilidad del acusado. Un jurado escucha un caso y concluye que existe un 80 por 100 de probabilidades de que el acusado haya cometido el delito. En este escenario, si el jurado absuelve emitirá un veredicto válido, en virtud de que las reglas que establecen el grado de prueba a ser satisfecho (el estándar de prueba) demandan una absolución, incluso cuando la probabilidad de que el acusado sea culpable sea tan alta como lo es un 80 por 100. Ciertamente, se trata de un veredicto válido, sin embargo, existe un gran riesgo de que sea una absolución falsa dado que, según nuestro ejemplo hipotético, la probabilidad de que el acusado haya cometido el delito que se le imputa es bastante alta.

Asimismo, resulta fácil concebir cómo un jurado podría emitir un veredicto inválido que, pese a ello, fuese verdadero. Aunque concedo que esta clase de situaciones son menos frecuentes que los escenarios en los que son veredictos válidos pero falsos. Lo que uno espera conseguir, obviamente, son veredictos que sean ambas cosas, es decir, verdaderos y válidos. Queremos que los jurados condenen y absuelvan a las personas correctas y, también, que hagan esto con base en las razones adecuadas. Ambas, la falta de veracidad como la ausencia de validez de un veredicto, representan errores graves del sistema (de conformidad con la forma en que empleo la expresión «error»), aunque cada una de estas situaciones apunte a formas muy diferentes en las que el sistema puede fracasar. En este esfuerzo que venimos haciendo por identificar las fuentes principales del error en el sistema de impartición de justicia, nos daremos a la tarea de examinar diversas reglas que tratan cuestiones probatorias y que instauran procedimientos, con la mira puesta en preguntar si amenazan, ya sea la verdad o, bien, la validez de los veredictos.

Si el resultado de un procedimiento penal es erróneo en alguno de los sentidos expuestos —es decir, si es falso o inválido (o ambos)— diremos que el sistema ha fracasado. Si, de hecho, alguno de estos errores, o ambos, suceden con frecuencia, tal vez sea el momento de cambiar aquellas reglas procesales responsables de tales errores. En capítulos posteriores veremos cómo ciertas prácticas establecidas en el marco normativo-procesal correspondiente tienden a producir condenas y absoluciones inválidas. Es decir, veredictos que no concuerdan con aquello que una persona razonable —para quien las reglas referidas no fuesen vinculantes— concluiría dadas

las pruebas disponibles. Por su parte, otros rasgos del sistema, al restringir lo que puede contar jurídicamente como prueba, tienden a producir veredictos que, aun siendo válidos, son falsos. Las distinciones verdadero/falso y válido/inválido reflejan las formas principales en que un veredicto, cualquiera, puede desviarse del camino correcto; ya por producirse en el contexto de un conjunto inadecuado de elementos de juicio (en el sentido de no ser representativo de lo que sucedió), o bien por estar basado en inferencias deficientes a partir de dicho conjunto de elementos.

Existe una tercera dicotomía que también será de utilidad al reflexionar en torno a las fuentes del error. Consiste en distinguir entre aquellas decisiones *revocables* (o reversibles) de aquellas *irrevocables* (o irreversibles). Por ejemplo, si Schwartz es condenado por un delito, puede apelar el veredicto, con lo que quizá pueda persuadir a un tribunal o juzgado de mayor jerarquía para que revoque el fallo respectivo. Desde el punto de vista epistémico, tal mecanismo de revisión es invaluable como forma de incrementar las probabilidades de que el resultado final sea el correcto. En contraste, si Schwartz es absuelto, el fallo no puede apelarse, pese a lo deficiente que pudiera haber sido el razonamiento que condujo al jurado a exonerar. En general, las decisiones irrevocables constituyen una fuente de error más problemática que las revocables por la obvia razón de que no hay un mecanismo para su detección y corrección, al contrario de lo que sucede con las decisiones revocables, las que, en caso de ser erróneas, en principio, pueden ser des-cubiertas y rectificadas. A su debido tiempo, indagaremos cuál es la lógica subyacente a la creación de una categoría de decisiones, incluyendo los propios veredictos, que permanece totalmente inmunizada a futuras revisiones y correcciones.

Hasta ahora, nos hemos centrado en errores que pueden tener lugar en la *fase o etapa terminal*, es decir, nos hemos venido preocupando por los veredictos erróneos. Sin embargo, muchas investigaciones penales nunca llegan tan lejos. En ocasiones, las pesquisas de la policía van perdiendo fuerza hasta estancarse debido a la falta de mayores indicios y pistas, o debido también al seguimiento de prácticas de investigación deficientes. Aunque estas situaciones constituyan también errores, tal y como una absolución falsa lo es, no estarán en el centro de este análisis. En lo que se centrará la atención serán los casos de delinquentes que logran evadir la justicia, no por la ausencia de pruebas inculpatorias, sino debido a las diversas formas en que las normas procesales vigentes impiden que el caso continúe siendo investigado. Estos errores constituirán un tópico tan revelador como el de los veredictos falsos.

Necesitamos recordar que una vasta cantidad de investigaciones penales (probablemente la abrumadora mayoría de las pesquisas policia-

cas) jamás llegan a la etapa del juicio oral porque, aunque la policía haya identificado al sospechoso (satisfaciendo sus propios estándares), alguna otra autoridad concluye que el caso contra el acusado es demasiado débil como para ir a juicio. La propia policía puede ser quien lleve a cabo la anterior determinación o, bien, la acusación o el fiscal. También puede ser el Gran Jurado⁴ quien impida el tránsito hacia la siguiente fase. O incluso, puede tratarse de un juez, proclive a aceptar acuerdos, quien descarte el asunto. En cada una de estas etapas en las que ha de decidirse si el caso continúa o no por la ruta que eventualmente lo conduce a la fase del juicio, los participantes respectivos deben acatar un cuerpo elaborado de normas procesales. Por ejemplo, los fiscales que cuentan con una confesión del sospechoso saben que aquella puede desecharse si hay dudas sobre la forma en que se obtuvo. Cuestiones similares, relativas a la admisibilidad, pueden surgir en el caso de las pruebas adicionales recabadas por la policía (sobre todo, en el caso de registros y secuestros de bienes). Aun cuando los fiscales cuentan con lo que consideren pruebas contundentes de la culpabilidad del sospechoso, su decisión para proseguir con un juicio ha de estar informada por los cálculos que realicen en términos de determinar cuáles de las pruebas disponibles serán en efecto admitidas. El punto es que si existen normas procesales de admisibilidad probatoria que permiten la exclusión de pruebas relevantes (y buena parte de este libro está consagrada al análisis precisamente de esta clase de reglas), entonces dichas reglas ejercerán una sentida influencia, no sólo a lo largo del juicio propiamente dicho sino, también, en todas las decisiones previas de las que depende que el caso alcance esta etapa. Pero incluso si dejamos de lado los problemas generados por las reglas probatorias (relativas, por ejemplo, a la admisibilidad de las pruebas), también el estándar de prueba aplicable opera para garantizar que muchos sospechosos que probablemente sean culpables nunca vayan a juicio. Para ser más específicos, los fiscales pueden creer que las pruebas en contra de algún sospechoso sugieren fuertemente que es culpable y, simultáneamente, creer que tales pruebas probablemente serán insuficientes a los efectos de persuadir a un jurado *más allá de toda duda razonable*. Considerando el entorno común de recursos y personal insuficiente en el que operan, no es muy probable que los fiscales procedan si cuentan con un caso como el descrito. El punto es sucintamente expuesto por el juez Richard Posner cuando dice que:

⁴ N. de los TT.: El *Grand Jury* es un panel de ciudadanos que son emplazados por un juez, cuando el interés público así lo amerite, para decidir si hay razones suficientes para ejercer acción penal en contra del sospechoso de un crimen. Según la regla 6 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, estáá compuesto por 16 a 23 miembros y el jurado debe ordenar que participen en él un número suficiente de personas jurídicamente cualificadas.

«Las severas exigencias [impuestas por la Fiscalía] implican que algunas, quizá muchas, personas culpables no sean acusadas y que la mayoría de quienes son acusados y absueltos sean, de hecho, culpables».⁹

Si recordamos que en el sistema de justicia penal estadounidense existen más sobrestamientos que absoluciones, esto pone en *vivida* perspectiva la importancia que tiene esta clase de problemas. Por ejemplo, durante 1999, en los juzgados federales hubo por cada absolución ocho sobrestamientos ordenados por el juez respectivo¹⁰. Aquellos autores que dirigen su atención al problema del error como si éste surgiera principalmente dentro del contexto de un juicio por jurado, ignoran, bajo su propio riesgo, tales cifras.

Lo anterior constituye otra manera de decir que cada año, cientos de miles de sospechosos son «absueltos» *de facto* por fiscales, jueces o Gran Jurado, sin haber ido nunca a juicio. Esto es como debería ser, dado que muchos sospechosos son genuinamente inocentes. Retirar los cargos en contra de una persona inocente no es un error, sino un éxito del sistema. Sin embargo, se podría hablar de un error cuando a un sospechoso *culpable* le son retirados los cargos en su contra con antelación al juicio, en virtud de que se piensa que ciertas pruebas relevantes que apuntan a su culpabilidad, pese a estar disponibles, no serían admisibles si el asunto fuera a juicio. De las trescientas mil personas sospechosas de haber cometido un delito que hay cada año en Estados Unidos — a quienes los cargos en su contra les son retirados o, bien, cuyos casos son sobrestados — tenemos toda la razón en sospechar que una determinada proporción son culpables. Cuán grande es esta proporción, es algo que no puede aseverarse confiadamente pues la información relevante es inaccesible. En compensación, el análisis desplegado en este libro intentará identificar puntos débiles en el sistema que *quizá* sean los responsables de hacer que tales «absoluciones» falsas (que se dan antes de la etapa del juicio) sean más comunes de lo que se requiere.

Una forma diferente y más diacrónica de pensar la variedad de modalidades en que una falla en el sistema puede ocurrir surge al imaginar una serie de filtros que median entre el delito (en un extremo) y el veredicto del jurado (en el otro). Para empezar, tenemos entonces el delito mismo. Supongamos que Jones asaltó a Smith. Llevándose su cartera. Ese acontecimiento ahora está en el pasado. Lo que queda son rastros o reminiscencias del delito, entre las que podemos incluir los recuerdos de los involucrados en el evento, los testigos oculares que lo presenciaron, así como las pruebas

materiales respectivas (las huellas dactilares de Jones en la cartera de Smith, contusiones en el rostro de Jones, etcétera). La policía encontrará algunos de esos vestigios, pero raramente todos. Si la policía y el fiscal deciden que cuentan con un caso sólido contra Jones, tendrán entonces que persuadir a un juez o al Gran Jurado de que el caso es lo suficientemente fuerte como para seguir adelante. Suponiendo que se hayan saltado todos estos obstáculos, a continuación el fiscal tendrá que escoger de entre las pistas recabadas por la policía, un subconjunto de aquellas que intentará ofrecer como pruebas en la etapa del juicio oral. La defensa de Jones tomará una decisión semejante. En la audiencia de pruebas previa al juicio, un juez decidirá cuáles de esas pistas o indicios podrán ser revelados al jurado. Una vez que queden resueltos los asuntos relativos a la admisibilidad probatoria, el juez puede decidir erróneamente desechar los cargos en contra del acusado. Cuando da inicio el juicio, si es que el asunto llega a esas instancias, las pruebas, a estas alturas, fuertemente depuradas, serán presentadas y sujetas a contrainterrogatorio. Una vez que ambas partes hayan manifestado lo que a su derecho converga, el juez instruirá al jurado respecto al derecho aplicable cuya violación por parte de Jones se alega, así como respecto al estándar o grado de prueba que sus miembros deben usar para decidir si condenan o no a Jones.

Obviamente existe un amplio espacio para cometer errores en cada una de las etapas previamente referidas: pruebas importantes, ya sean inculpatorias o exculpatorias, pueden eludir incluso los mejores esfuerzos de la policía por encontrarlas. Por su parte, el fiscal puede haber hallado alguna prueba exculpatoria y, no obstante, suprimirla; y así mismo, la defensa puede estar al tanto de la existencia de ciertas pruebas inculpatorias y, sin embargo, «olvidar» mencionarlas. Las resoluciones del juez relativas a la admisibilidad de las pruebas que se presentarán en juicio pueden terminar incluyendo algunos elementos que probablemente confundan al jurado o, bien, excluyendo otros a los que el jurado debería tener acceso. El Gran Jurado puede errar en su decisión de proceder con la causa penal. El acusado puede rehusar prestar su testimonio o quizá testigos importantes puedan desaparecer. Testigos con información relevante pueden no ser llamados a testificar por miedo a que sus declaraciones dañen los casos respectivos de la acusación y la defensa. A su vez, el juez puede instruir equivocadamente a los miembros del jurado en lo relativo a las normas jurídicas aplicables al caso o tergiversar el significado del estándar de prueba correspondiente (lo cual ocurre con más frecuencia de lo que podría pensar el lector, como se verá en el siguiente capítulo, donde se tratará ampliamente este punto). Pero aun cuando todo lo demás avance apropiadamente, el jurado puede extraer inferencias inadecuadas sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado a partir de las pruebas de las que finalmente dispuso o, bien, puede malinterpretar el grado o nivel de prueba requerido para una condena. Incluso cuando

⁹ POSSNER, 1999: 1506.

¹⁰ Véase el *Sourcebook of Criminal Justice Statistics for 1999* del Justice Department (Departamento de Justicia), la tabla 5.16. Para una buena discusión de este tema, véase Gross, 1996.

ya se haya pronunciado el veredicto, el espacio para el error no desaparece, al contrario. Si el jurado emitió una condena, el acusado puede interponer una apelación. Por su parte, los tribunales de apelación pueden rehusarse a darle trámite, aun si el condenado es inocente. También pueden considerar procedente la apelación y decidir revocar la condena aun cuando ésta sea consistente o confirmar el veredicto cuando es falso. Si el condenado es finalmente absuelto (*principio Non Bis In Idem*) prohíbe más apelaciones, incluso cuando el juicio haya estado inundado de errores tendentes a producir una absolución falsa.

Eliminar todas estas fuentes posibles de error (y advierto que sólo me he referido a las más obvias) es claramente imposible. Si se es realista, el objetivo del sistema de justicia penal debería consistir en intentar reducir lo más que se pueda tales errores. Las prácticas actuales relativas al tratamiento de las pruebas fracasan en este sentido. Peor aún, frecuentemente son ellas las que deliberadamente incrementan la probabilidad de cometer errores mediante la adopción de ciertas reglas y procedimientos que impiden al jurado enterarse de aspectos importantes del delito en cuestión.

5. RELEVANCIA VERSUS ADMISIBILIDAD

La denuncia que acabo de hacer en el último párrafo de la sección precedente puede expresarse en términos un poco más técnicos, lo que probablemente nos sea de mayor utilidad. En todo razonamiento sobre asuntos humanos (y sobre otros eventos contingentes también) hay dos conceptos clave relacionados con las pruebas, que es preciso comprender. Uno de ellos es llamado *credibilidad* o, en ocasiones (como en el caso del derecho), *fiabilidad*. Como lo sugiere el término, una determinada prueba material o testimonial es fiable cuando contamos con razones para creer que su contenido es verdadero o, al menos, plausible. El otro concepto importante es conocido, tanto en el derecho como en el lenguaje ordinario, como *relevancia* probatoria. La idea central es que un elemento de juicio es relevante para la evaluación de cierta hipótesis sólo en caso de que, siendo creíble, haga que la hipótesis en cuestión sea más o menos probable de lo que era con anterioridad. Si un elemento de juicio, aunque sea creíble, no altera nuestra confianza en la hipótesis respectiva, de un modo u otro (aumentando o disminuyendo sus probabilidades de que sea verdadera), será considerado irrelevante en relación con dicha hipótesis. Ahora bien, en el derecho penal siempre hay al menos dos hipótesis en juego: a) Se cometió un delito, y b) el acusado lo cometió. Cualquier testimonio o prueba material que pudiera hacer que una persona racional se sienta más o menos inclinada a aceptar cualquiera de las hipótesis referidas, será relevante. Todo lo demás no lo es.

Ambas, fiabilidad y relevancia, son cruciales para calificar algo como una prueba genuina. Más que cualquier otro actor del sistema, son los miembros del jurado quienes deben juzgar la credibilidad y la relevancia de las pruebas que observan y escuchan. Sin embargo, por razones enraizadas en la tradición del *common law*, el juez en un proceso penal, en general, no debe dejar que sus juicios sobre la credibilidad de las pruebas respectivas empañen sus decisiones en torno a la admisibilidad de las mismas. Esto se debe a que es al jurado, y no al juez, a quien por tradición se le delega la responsabilidad consistente en determinar «los hechos» del caso. Decidir si el testimonio ocular o las pruebas materiales presentadas son creíbles, en efecto, implica una decisión acerca de su «facticidad». Dado que tales cuestiones corresponden al ámbito de las atribuciones del jurado, y no al juez, el patrón usual es que sean los jueces quienes se pronuncien en materia de relevancia, pero no en materia de fiabilidad. Esto significa que cuando los jueces toman decisiones sobre la relevancia de las pruebas, están obligados a pensar en términos hipotéticos. Es decir, deben preguntarse lo siguiente: «¿Si esta prueba fuera fiable, es de alguna pertinencia para el caso?». Lo anterior explica por qué cuando un juez admite cierta prueba como relevante, ello no implica nada respecto a su fiabilidad (una excepción significativa a este principio ocurre en el caso de la admisión del testimonio de expertos o prueba pericial, en el que al juez específicamente se le delega la responsabilidad de determinar si las bases del testimonio del supuesto experto son «fiables»)¹¹.

Los juzgados y tribunales estadounidenses aceptan esta noción de relevancia en todos los niveles jurisdiccionales. Y ello debido a que se considera que una de las más importantes y legítimas funciones como portero encomendadas al juez, consiste en asegurarse de que el jurado observe y escuche todas, y sólo, las pruebas relevantes. Si los jueces estadounidenses se adherieran decididamente a este principio, no incurrirían en falta alguna desde el punto de vista epistémico, ya que virtualmente todas las formas sofisticadas de evaluación de hipótesis (por ejemplo, en ciencia, medicina, tecnología, etcétera) trabajan con esta misma noción de relevancia.

Sin embargo, desafortunadamente los textos jurídicos, así como las prácticas prácticas de la judicatura, se burlan del principio epistémico que manda admitir única y exclusivamente todas las pruebas relevantes. Esto sucede en virtud de que los jueces cuentan con un segundo criterio que emplean simultáneamente a la exigencia de relevancia. Comúnmente se le conoce

¹¹ La Corte Suprema ha sostenido que «el juez de la causa debe asegurarse de que todas las pruebas — periciales, testimoniales, materiales, etc. — no sólo sean relevantes, sino también fiables». [*Daubert v. Merrell Dow Pharm.*, 113 S. Ct. 2786; 2795 (U.S., 1993)].

como el requisito de admisibilidad. Para ser admisibles, las pruebas no sólo han de ser relevantes; además, deben satisfacer una variedad de demandas adicionales. Por ejemplo, la prueba en cuestión no puede haber sido obtenida mediante la violación de los derechos del acusado. No puede surgir de relaciones privilegiadas que el acusado haya entablado con diversos profesionales o con su cónyuge. En general, las pruebas no pueden haber sido obtenidas ilegalmente, aun cuando para su obtención no se haya violado ninguno de los derechos del acusado. Las pruebas no pueden ser de tal naturaleza que exacerben las pasiones de los miembros del jurado o que colliquen al acusado bajo reflectores poco favorables. La información de que el acusado se retractó de una confesión o de que admitió su culpa durante las negociaciones para alcanzar un acuerdo (*plea*), tampoco son admisibles. Asimismo, las pruebas no pueden provenir de un testigo cuyo testimonio sería auto-inculpario. El jurado no puede ser informado de que ciertos testigos clave eludieron dar su testimonio al invocar la Quinta Enmienda, ni si el acusado cooperó o no con las pesquisas de la policía. Si el acusado no ofrece testimonio en su propia defensa, el juez instruye explícitamente al jurado a efectos de que ignore esta situación, en lugar de permitirle suponer que quizá ello se deba a que el acusado tiene algo que esconder.

Virtualmente nadie objetaría que información como la referida anteriormente es relevante en el sentido técnico, ya que indudablemente afecta la probabilidad de la hipótesis de que el acusado es culpable. No obstante, en la mayoría de los juzgados y tribunales, éstos y otros casos de pruebas claramente relevantes no son admitidos durante el juicio. Los capítulos subsiguientes describirán detalladamente muchos de estos principios excluyentes. Lo que debemos notar, por ahora, es que *cada* regla que conduce a la exclusión de pruebas *relevantes* es sospechosa desde el punto de vista epistémico¹².

Existe un acuerdo universal, fuera del derecho, en el sentido de que aquellos que están encargados de tomar decisiones pueden desempeñar tal encargo de la mejor y más informada manera si tienen conocimiento de tanta información relevante como sea posible. Excluir pruebas relevantes, y no-relevantes, por la razón que sea, disminuye la probabilidad de que personas, en principio, racionales lleguen a conclusiones correctas. Por ello es que querríamos examinar cuidadosamente estos principios excluyentes para ver si el daño que infligen a nuestro interés en averiguar la verdad es adecuadamente equilibrado o compensado por ganancias o beneficios de otro tipo.

¹² La única ocasión en que obviamente es apropiado excluir pruebas relevantes es cuando dichas pruebas resultan redundantes con respecto a las pruebas ya admitidas. El testimonio de 200 testigos que aseveran X es apenas mejor que el ofrecido por dos o tres testigos fieles que aseveren X; a menos que X se refiera a un evento sumamente extraño e inusual.

5.1. El caso de las pruebas «injustamente prejuiciosas»

Tal vez sea instructivo incluir aquí un ejemplo concreto de la distinción entre relevancia y admisibilidad para poner un poco de carne al esqueleto de abstracciones con el que hemos venido trabajando. Una muestra paradigmática de los problemas a los que nos enfrentaremos el resto del libro, nos lo proporciona el poco sorprendente esfuerzo del derecho por distinguir entre una prueba «injustamente prejuiciosa» y una que no lo es.

En la audiencia preliminar que antecede al juicio oral, ambas partes describen las pruebas que pretenden presentar y argumentan por qué habrían de admitirse. Pese a la regla de que el juez normalmente debe admitir todas las pruebas relevantes, el derecho le otorga una discreción enorme para excluir algunas de ellas, sin que en estos casos importe precisamente que sean relevantes o el grado en que incriminan al acusado. En ocasiones, la razón por la que el juez excluye ciertas pruebas es que, de acuerdo con su apreciación, éstas son de una naturaleza tan exacerbante y sensacionalista que los miembros ordinarios del jurado no serían capaces de asignarle su verdadero peso. Lo que supuestamente ocurre en estas situaciones es que el juez lleva a cabo una ponderación que, en última instancia, se traduce en la siguiente pregunta: ¿el peso probatorio de esta prueba es suficiente como para neutralizar sus efectos perjudiciosos distorsionantes en la valoración de los miembros del jurado? Si la respuesta es afirmativa, la prueba en cuestión debe admitirse; de lo contrario, por ley, debe excluirse. Para ser más precisos, la regulación federal al respecto establece que:

Aunque sean relevantes, las pruebas pueden excluirse si su valor probatorio es sustancialmente rebasado por el peligro de que produzcan un prejuicio injusto, una confusión de los asuntos o sean tendenciosas para el jurado; o bien, por consideraciones de retraso indebido, pérdida de tiempo o innecesaria presentación de pruebas acumulativas.¹³

Un aspecto clave aquí es la noción de «prejuicio injusto». Existen muchas cosas que los juzgados han considerado aptas para provocar prejuicios injustos en los miembros del jurado. En la lista se incluye la(s) prueba(s) de que el acusado tiene un mal carácter o violento, la(s) que resalta(n) vividamente aspectos grotescos del delito y pruebas de que el acusado está vinculado con causas o personas que probablemente evocarían hostilidad y antipatía al jurado. La misma doctrina se ha usado para justificar la exclusión de la confesión rendida por un acusado que no testifica en juicio, en la que

¹³ *Federal Rules of Evidence*, Regla 403.

se menciona la participación del acusado en el delito¹⁴, de fotografías muy gráficas del cadáver de una víctima de homicidio¹⁵; así como de muestras de ropa manchada de sangre pertenecientes a la víctima de un asalto¹⁶.

El problema, claro, es que información de esta clase frecuentemente constituye una prueba poderosa de la culpabilidad del acusado. Su exclusión puede debilitar sustancialmente las pruebas en su contra, al tiempo que, si realmente se trata de una prueba prejuiciosa, admitirla hace más probable que los miembros del jurado tomen su decisión visceralmente. En términos un poco más técnicos, se requiere que el juez tome una decisión sobre la prueba en cuestión tal que, si ésta es admitida, puede conducir a la emisión de una condena falsa y, si es suprimida, puede conducir a una absolución falsa. Como hemos visto, el juez ha de sopesar estas preocupaciones y, con base en dicha ponderación, ha de decidir sobre la admisibilidad.

Quizá pueda ayudar describir el problema de forma un poco más abstracta. En este tipo de casos, el juez es llamado a decidir cuál de dos probabilidades es mayor: la probabilidad (P) de que el jurado cometa un error inferencial si la prueba (p) en cuestión es admitida (que simbolizaré como «P{error admitiendo p}»); o la probabilidad de que el jurado cometa un error inferencial si la prueba en cuestión es excluida («P{error excluyendo p}»). La primera clase de error representa una potencial condena falsa; la segunda, una potencial absolución falsa. Al tomar su decisión de admitir o excluir p, el juez debe realizar una tarea increíblemente difícil: debe establecer la probabilidad relativa de las dos clases de error que pueden darse. Es decir, el juez debe asignar valores concretos a «P{error admitiendo p}» y a «P{error excluyendo p}».

Parece dudoso que la decisión previa pueda tomarse objetivamente. Para decidir cuáles son los valores de «P{error admitiendo p}» y de «P{error excluyendo p}», un juez necesita mucha más información de la que disponemos actualmente sobre la probabilidad de que ciertas pruebas en particular (como el caso de fotografías excesivamente gráficas de la escena del crimen) distorsionarán la habilidad del jurado de atribuir a tales pruebas su valor legítimo. Los estudios empíricos rigurosamente diseñados y aplicados que abordan los posibles efectos prejuiciosos de ciertos tipos de pruebas son extremadamente escasos. Peor aún, recolectar información de esta clase sería inherentemente difícil, ya que los investigadores tendrían que ser capaces de distinguir el impacto emocional de cierta prueba del peso o valor

que racionalmente le corresponde. Nadie ha propuesto un estudio empírico lo suficientemente sutil como para hacer esta distinción.

No quiero dar la impresión de que la decisión de admitir pruebas relevantes pero que potencialmente pueden inflamar el ánimo del jurado, permanece siempre insoluble. Algunas veces, el problema se presta a una fácil solución. Por ejemplo, quizá el fiscal cuente con otras pruebas menos prejuiciosas que le permitan dejar claro su objetivo, en cuyo caso, la exclusión de las más prejuiciosas no afectaría demasiado (ya que, en este caso, las pruebas más prejuiciosas son claramente redundantes y la redundancia es siempre una razón legítima para excluir). Pero, ¿qué debe hacer el juez cuando una parte o elemento *principal* del caso del fiscal depende de pruebas que no obstante ser altamente inculpatorias parecen ser también «injustamente prejuiciosas» y no hay más pruebas disponibles para sustentar ese aspecto específico del caso?

Consideremos un ejemplo hipotético: a Smith se le imputa el cargo de pertenecer a una banda que a mediodía entró a cierto restaurante arrojando granadas y disparando, habiendo creado un caos descomunal. Por casualidad, un cliente tomó varias fotografías durante el atraco, justo antes de ser asesinado. Una de esas fotos es la que está en discusión. Ésta muestra a Smith lanzando una granada hacia una esquina y también retrata, a todo color, partes corporales destazadas, ríos de sangre... En fin, se trata de una horrible descripción gráfica de la escena del crimen. La fotografía en cuestión obviamente supera el filtro de la relevancia. Parece mostrar al acusado cometiendo el crimen del que se le acusa. En suma, no sólo es relevante sino *altamente* relevante. Si suponemos que ningún testigo sobrevivió a la masacre, este elemento de juicio resulta sumamente poderoso al situar a Smith en el epicentro de la situación.

Desafortunadamente, el juez, además de relevante, también considera que la fotografía es tan vívida y horrenda que no invita más que a una reacción puramente visceral por parte de los miembros del jurado. El juez teme que al observar la escena de la forma tan sanguinaria en que fue captada por la fotografía, el jurado se incline a juzgar apresuradamente las cosas, sin tomar en cuenta las pruebas restantes del caso, algunas de las cuales pueden ser exculpatorias. Si no se admitiera la fotografía, el jurado tal vez absorbería a Smith ya que, recordemos, se supone que no sobrevivieron testigos presenciales. Sin embargo, si se admite, seguramente habrá una condena, o al menos así lo piensa el juez de nuestro ejemplo. ¿Debe el juez admitir la fotografía como prueba? Salvo por una mínima guía, las reglas vigentes dejan esta cuestión totalmente en manos del juez. Como hemos visto, esta guía mínima consiste en el principio general de que las pruebas deben ser excluidas si el hecho de que sean injustamente prejuiciosas pesa más que su

¹⁴ *Bruton v. U.S.* 391 US 123 (1968).

¹⁵ *State v. Laffero*, 749 P.2d 1239 (Utah 1988).

¹⁶ *State v. White*, 880 P.2d 18 (Utah 1994).

valor probatorio. Curiosamente, el derecho procesal penal no incluye alguna definición canónica de lo que significa una prueba prejuiciosa, salvo por la joya de falta de claridad que constituye la regla 403 de las *Federal Rules of Evidence* (FRE) que al respecto dice: «Un "prejuicio injusto" significa una tendencia indebida en el sentido de sugerir que una decisión sea tomada sobre bases inapropiadas, entre las cuales comúnmente, aunque no necesariamente, se encuentran las emociones irracionales». Como la pomografía, así también el prejuicio injusto parece pertenecer a la clase de cosas que, no obstante a que no pueden definirse claramente, todos las reconocemos cuando estamos frente a ellas. Pero esto no es suficiente. Como lo ha notado Victor GOLD (1983: 502): «En ausencia de una teoría coherente de lo que significa un prejuicio injusto, los juzgados no están en condiciones de evaluar, ni oficial ni extraoficialmente, con algún grado de objetividad, si una prueba es o no injustamente prejuiciosa; tampoco pueden llevar a cabo la ponderación requerida por la ley». La pregunta es: ¿en tales circunstancias, como se supone que el juez realizará la «ponderación» que le permita decidir «si el valor probatorio de las pruebas es sustancialmente rebasado por el peligro de provocar un prejuicio injusto»?

Alguien podría argumentar que esta regla probatoria particular no resulta tan ofensiva desde el punto de vista epistémico ya que en la práctica debería conducir a la exclusión de aquellas pruebas de naturaleza inflamatoria o sensacionalista que relativamente tengan mínimo o, incluso, nulo valor probatorio. Después de todo, la propia regla parece concluir que si las pruebas tienen un muy alto valor probatorio, pueden ser excluidas *sólo* si su carácter injustamente prejuicioso fuera aún mayor que este valor ya de por sí alto. Sin embargo, hay muchos casos que ponen en tela de juicio cuán frecuentemente el valor probatorio de pruebas sumamente relevantes vence en efecto sus moderados efectos prejuiciosos.

Consideremos dos ejemplos reales del tipo de ponderaciones que tienen lugar cuando los jueces de primera y segunda instancia tratan de analizar los posibles efectos prejuiciosos, así como sus dimensiones, de las pruebas propuestas por las partes. En un caso de 1994 al sur de Texas, Ramón García fue acusado de robo en una casa-habitación en perjuicio de Charles Webster. García fue visto dentro de la casa en cuestión, justo en el momento del robo por un oficial de policía que acudió al lugar de los hechos tras la llamada de un vecino. García logró escapar pero fue subsecuentemente capturado. García no cargaba consigo artículos robados cuando la policía finalmente lo aprehendió, sin embargo, se hallaron algunos de esos artículos en el piso, cerca del lugar en que fue arrestado. Para probar el dolo (la intención) de cometer el robo referido, el fiscal ofreció pruebas de que García había llegado a la escena del crimen usando una bicicleta que dos días antes también había robado. El dueño de la bicicleta, un niño, testimonió que él era el propietario.

García fue condenado. Posteriormente, su abogado apeló argumentando que el testimonio relativo al robo de la bicicleta había perjudicado injustamente al jurado en contra de su cliente. Tomando partido por la postura del abogado de García, la segunda instancia no negó que el testimonio en cuestión era relevante respecto a si García tenía o no la intención de robar la casa de los Webster; pero sostuvo que su relevancia resultaba contrarrestada por su naturaleza injustamente prejuiciosa. «Especialmente porque el Estado decidió ofrecer el testimonio del menor en lugar de haber ofrecido el de sus padres»¹⁷.

La lógica de la resolución emitida por la segunda instancia es un poco tortuosa, sin embargo, lo que parece haber pasado es que: además de considerar la relevancia que tiene el hecho de que el acusado haya llegado a la escena del delito usando una bicicleta robada, para probar su dolo, la segunda instancia parece incluso conceder que si el testimonio hubiese sido ofrecido por un adulto, no habría sido tratado como una prueba injustamente prejuiciosa. Supongo que el hecho de que fuera un *menor* quien declarara sobre el robo perpetrado fue el elemento que al tribunal le pareció clave para fundar la sospecha de que el jurado concluiría que quienquiera que le robe a un niño su bicicleta debe ser muy malo y merece ser enviado a prisión, ya sea que haya robado o no la casa de los Webster. ¿Debemos entonces concluir que siempre que un menor pueda ofrecer un testimonio incriminatorio aparece en escena el espectro del prejuicio injusto y que, por tanto, debemos excluir dicha prueba? Dudo que ése sea el mensaje que la segunda instancia quería transmitir, pero el ejemplo ciertamente nos ofrece una muestra de lo subjetivo que a veces puede ser determinar si una prueba es injustamente prejuiciosa.

Consideremos brevemente un segundo ejemplo, también ocurrido en Texas, en el que la ponderación respectiva parece haberse desviado de lo que uno esperaría. En 1992, Kenneth Nolen fue acusado de posesión agravada de metanfetaminas. Dando cumplimiento a una orden, la policía encontró a Nolen dormido en el cuarto de la casa de un amigo. Al detectar un olor penetrante, la policía abrió la puerta de la habitación contigua y descubrió entonces un laboratorio para la preparación de anfetaminas. Las huellas dactilares de Nolen estaban en el equipo e instrumentos de laboratorio hallados. Ahora bien, en Texas para condenar a alguien de posesión agravada, el Estado debe demostrar que el acusado sabía que la sustancia que se halló en su posesión era ilegal. La defensa de Nolen sostuvo que, aunque en efecto, su cliente se encontraba fabricando anfetaminas, no estaba enterado del carácter ilícito de dicha actividad. Para refutar tal postura, el fiscal buscó ofrecer

¹⁷ *García v. State*, 893 S.W.2d 17, 22 (Tex. App., 1994).

pruebas de que Nolan había sido condenado tres años atrás por irrumpir en el almacén de pruebas del comisario local con el propósito de robar precisamente el equipo de laboratorio para producir anfetaminas. El fiscal argumentó, y el juez de la causa estuvo de acuerdo, que el robo previo de este equipo era altamente relevante para determinar si Nolan sabía lo suficiente en torno a la producción de anfetaminas como para ser consciente de que se trataba de sustancias ilegales. En su alegato final, el fiscal insistió en que «es una deducción razonable a partir de las pruebas que si el acusado se atrevió a sustraer un equipo de laboratorio del almacén de pruebas de la comisaría, éste con certeza sabía del carácter ilícito de las anfetaminas y del tipo de equipo e instrumentos que se requieren para su elaboración»¹⁸.

El jurado condenó a Nolan. Ya en apelación, el tribunal revirtió el veredicto argumentando que «el juez había abusado de sus facultades discrecionales» conferidas al determinar que el valor probatorio de los elementos de juicio relacionados con el hecho de la sustracción de objetos del almacén de pruebas de la comisaría por parte del acusado no era superado por los peligros de probar en el jurado un prejuicio injusto contra Nolan, una confusión de asuntos y de desviar al jurado de las cuestiones relevantes»¹⁹. Pero, ¿cómo es exactamente que mostrar que Nolan previamente robó el equipo de laboratorio necesario para elaborar anfetaminas constituye una prueba injustamente prejudicial en su contra, siendo que el acusado enfrenta justamente el cargo de elaborar deliberadamente sustancias ilegales y considerando también que sus huellas dactilares se encuentran en cada una de las piezas o instrumentos de dicho equipo? Dado que lo que se hallaba en disputa era si Nolan sabía que producir metanfaminas era ilegal, parecería que aquí tenemos pruebas altamente pertinentes para demostrar la hipótesis de que el acusado obró con conocimiento de causa. Pues no es así, según sostuvo la segunda instancia, debido a que «no constituye una certeza deductiva que un hombre que roba utilería de cristal (el equipo de laboratorio) conozca las características de cierto compuesto químico particular que puede ser preparado con esa clase de instrumentos»²⁰. Pues,

¹⁸ *Nolen v. State*, 872 S.W.2d 807, 813 (Tex. App., 1994).

¹⁹ *N. de los R.*: Según la Corte Suprema de Estados Unidos, todas las decisiones que los jueces tomen sobre cuestiones probatorias son susceptibles de revisión bajo el estándar «*abuse of discretion*» (abuso de discrecionalidad). Sin embargo, no hay una definición institucional al respecto, por el contrario, hay múltiples decisiones que complican sobremanera el entendimiento de la noción. Por ejemplo, algunas veces se ha resuelto que la revisión de las decisiones probatorias están compuestas por tres determinaciones independientes y sujetas también a criterios distintos: error de derecho implicado en la interpretación del derecho probatorio aplicable, error en la determinación de los hechos y error en la aplicación de una regla probatoria a los hechos. En otras decisiones, en cambio, se ha resuelto que esos tres errores son partes componentes del abuso de discrecionalidad.

²⁰ *Ibid.*: 814.

²¹ *Ibid.*: 813.

si, en efecto es concebible que Nolan haya robado dicho equipo sin saber para qué suele emplearse y sin saber que la elaboración de sustancias como las anfetaminas es ilegal. Pero no deberíamos buscar verdades deductivas en derecho (particularmente en el proceso penal). La cuestión es si la condena anterior de Nolan, por robo de equipo para elaborar anfetaminas, tiene un peso probatorio importante para determinar si, tres años después, el acusado sabía que lo que estaba haciendo, elaborar anfetaminas, estaba prohibido por la ley. Que el tribunal sostenga que es más probable que tales pruebas sean injustamente prejudiciales que relevantes, me parece algo extraordinariamente obtuso (claro está que no sostengo que casos como los dos anteriores sean la norma pero, como mínimo, éstos sugieren que el requisito de ponderación establecido en la regla del prejuicio injusto es al menos problemático).

Seguramente la alternativa preferible sería admitir todas las pruebas que sean genuinamente relevantes, principio al que se tendría que adicionar una exhortación explícita del juez hacia los miembros del jurado, claro, cuando fuere apropiado, para que se empeñen en desplegar sus facultades racionales al evaluar la relación entre las pruebas y el delito imputado y a mantener bajo control sus reacciones emotivas ante las pruebas en cuestión. Es obvio que no sabemos cuán rigurosamente los miembros del jurado podrían seguir, o seguirían, una instrucción así. Sin embargo, para el caso, tampoco sabemos realmente qué tipo de pruebas influencian injustamente al jurado y cuáles no. Dado que el juez no cuenta con información empírica robusta en torno a este asunto, su decisión sobre qué pruebas potencialmente prejudiciales ha de admitir y cuáles ha de excluir tiene tantas probabilidades de ser sospechosa como las tiene un veredicto influenciado por emociones irracionales del jurado.

No sólo el juez desempeña un papel relevante en estas cuestiones a efectos de fomentar que el jurado ande por la ruta correcta. Una de las funciones del sistema adversarial consiste en otorgar a cada parte la oportunidad de intentar debilitar o, bien, de poner en tela de juicio el caso de su contraparte. En este sentido, si la defensa considera que existen pruebas que confundirían al jurado o que lo desviarían hacia la dirección equivocada, es su trabajo buscar que dichas pruebas encajen en un contexto favorable a los intereses de su cliente (si eso es posible). Si el intento anterior fracasa, entonces, le corresponde a la defensa tratar de persuadir al jurado para que no atribuya más valor probatorio a las pruebas incriminatorias que el que realmente merecen. Así como puede sucederle al juez, la defensa también puede de cuando en cuando equivocarse en esta tarea. Los jurados concebiblemente pueden apresurarse en sus apreciaciones, por múltiples razones inadecuadas, a pesar de haber sido advertidos de los peligros de proceder de tal forma.

Concedido lo anterior, si en términos generales no podemos confiar en que los jurados mantengan bajo control sus reacciones emotivas, entonces, de plano deberíamos abandonar la institución del jurado por jurado. La idea misma de esta institución está basada en la supuesta equidad y sentido común que ponen en práctica doce pares del acusado. Si los jurados generalmente no pueden otorgar el peso que genuinamente le corresponde a pruebas sensorialistas o vividas pero relevantes — habiendo sido instruidos en tal sentido por un juez y habiendo escuchado la interpretación que de esas pruebas hacen ambas partes — entonces el sistema está podrido desde sus raíces. La actitud paternalista de cobijar al jurado exceptuándolo de escuchar aquellas pruebas respecto de las cuales algún juez intuye que no podrán ser sopesadas racional y coherentemente, no es una receta prometedora de cómo averiguar la verdad.

Uso el término «paternalista» deliberadamente. Recordemos que los llamados *bench trial*, el mismo juez que decide sobre la admisibilidad de las pruebas normalmente actúa también como el juzgador de los hechos. En concreto, en estos casos, el sistema confía en que los jueces profesionales tendrán la capacidad de observar pruebas sensorialistas e injustamente prejuiciosas y ponerlas en perspectiva de modo que no nublen sus apreciaciones. Al permitir que, en tales casos, los jueces vean y escuchan pruebas que a un jurado no le permitiríamos, estamos diciendo que los jurados son menos razonables, menos objetivos y menos maduros que los jueces profesionales. Eso puede ser; pero hasta donde sé, la cuestión permanece abierta. Pero, resuelto o no este punto, los jueces no están para eso en un sistema adversarial. Su papel, además de mantener el orden en el juzgado, consiste en explicar al jurado cuál es el significado del derecho aplicable al caso en cuestión. Para eso precisamente están entrenados y no hay nada de paternalista en esta función. Se vuelve paternalista cuando, basados en una desconfianza sistemática en el buen juicio y sentido común de los jurados, hacemos que el juez vaya más allá de sus funciones de árbitro e incursione en el terreno de asuntos de orden empírico y de política pública que no le corresponde resolver.

Puesto en términos más generales, un punto recurrente de este libro es que, dejando de lado la redundancia, el único factor que debería determinar si una prueba es admisible o no es su relevancia para sustentar la hipótesis

²⁰ N. de los TT. En el *common law*, el término «*bench trials*» suele ser usado para describir las excepciones al jurado seguido ante jurado. Un *bench trial* es un jurado seguido ante un juez profesional, quien también ejerce como juzgador de los hechos. Quizá son dos las características de este tipo de juicios que habría que resaltar: primero, dado que suelen implicar menos formalidades (no hay, por ejemplo, selección de un jurado o necesidad de instrucciones a éste), son más rápidos; y, segundo, algunas veces se admiten pruebas de forma provisional, sujetas a la posibilidad de no ser tomadas en cuenta a la hora de decidir el caso en cuestión, lo que nunca se daña en juicio por jurado.

En los Estados Unidos concretamente, las *Federal Rules of Criminal Procedure* establecen que para que un acusado sea juzgado en un *bench trial*, éste debe renunciar por escrito a su derecho a ser juzgado por un jurado, el gobierno debe aceptar dicha renuncia y el juez aprobarlo.

de que un delito tuvo lugar y que el acusado lo cometió. La exclusión de pruebas cuya relevancia se reconoce sobre la base de su naturaleza injustamente prejuiciosa está inspirada en instintos epistémicos encomiables. Sin embargo, la regla misma requiere que los jueces cuenten con información empírica (de la cual, de hecho, carecen) y que realicen determinaciones de política pública (por ejemplo, sobre la gravedad relativa de las condenas falsas y de las absoluciones falsas) que rebasan sus funciones.

Como hemos visto, mi propuesta es claramente incompatible con la práctica estadounidense existente. En los juzgados y tribunales de Estados Unidos, la sola relevancia de las pruebas, aunque se trate de pruebas altamente relevantes, no garantiza su admisibilidad. Como la Corte Suprema argumentó en el famoso caso *Michelson v. U. S.*:

El Estado no puede aludir los problemas que con la ley haya tenido el acusado con anterioridad al hecho en cuestión, ni a delitos específicos o a la mala fama que pudiera tener entre sus vecinos, aun cuando tales hechos pueden lógicamente persuadirnos de que el acusado, por mera propensión, es probablemente quien perpetró el delito en cuestión. La investigación de tales hechos no se rechaza porque sean irrelevantes; al contrario, se considera que son demasiado decisivos en el razonamiento del jurado por lo que sus miembros tienden a prejuizgar a aquel que tenga un mal historial y a negarle una oportunidad en pie de igualdad a defenderse de los cargos particulares. La política preponderante de excluir las pruebas de tales hechos pese a su reconocido valor probatorio, se basa en la experiencia práctica de que su admisión tiende a evitar tanto la confusión de asuntos, las sorpresas inequitativas y los prejuicios indebidos.²¹

Esta muestra de sabiduría popular quizá halle sustento en la «experiencia práctica» de la judicatura. Sin embargo, se cuentan con muy escasos estudios empíricos bien diseñados que apoyen la tesis de que los jurados, apropiadamente instruidos, expuestos a las confrontaciones típicas de un sistema adversarial, son incapaces de atribuir el valor probatorio que racionalmente merecen ciertas pruebas sensorialistas, inflamatorias o prejuiciosas, aunque relevantes. Siendo esto así, no estamos en condiciones de mostrar que las reglas de admisibilidad que van en detrimento de que sean consideradas pruebas relevantes promueven fines epistémicos (como evitar que el veredicto de un jurado se configure con base en la excesiva influencia de un prejuicio, en lugar de fundarse en los hechos del caso). Al contrario, dichas reglas casi invariablemente obstaculizan tales objetivos al mantener fuera de las consideraciones del jurado pruebas obviamente relevantes. Gran parte del resto de este trabajo está encaminada a demostrar esta tesis.

²¹ *Michelson v. U.S.*, 335 U.S. 473-76 (1948).

PARTE I
LA DISTRIBUCIÓN DEL ERROR

Los peñeros no se encuentran en la poca sensibilidad al acusado. Nuestro procedimiento ha estado siempre acechado por el fantasma del hombre inocente condenado. Este es un sueño irreal. A lo que debemos temer es al formalismo arcaico y al sentimentalismo lagrimoso que obstruye, demora y detrota a la averiguación de un delito.

Juez Learned Hand¹

¹ *US v. Garrison*, 291 F. 646, p. 649 (SDNY 1923).

CAPÍTULO II

LA INDESCRIFERABLE DUDA RAZONABLE

Es difícil, si no imposible, definir el término «duda razonable» de un modo que satisfaga a una mente aguda y metafísica, aferrada a detectar algún punto débil, sin importar cuán tenue sea, del que se pueda colgar una crítica.

Corte Suprema de Virginia²

Encuentro perturbador el hecho de que estemos usando una noción que creemos se volverá menos clara mientras más intentemos explicarla.

Jon NEWMAN, Magistrado Presidente de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos³

1. UNA ACTUALIZACIÓN DEL MAPA DEL TERRITORIO

Como dije en el capítulo primero, uno de los tres compromisos básicos que con ciertos valores u objetivos adquiere el derecho procesal penal, puede describirse mediante la proposición que sostiene que cuando se cometan errores es mucho mejor que éstos consistan en absolver al culpable, que en condenar al inocente. En éste y en los dos capítulos siguientes, examinaremos un conjunto de conceptos y preceptos familiares, que materializan concretamente la importancia que atribuimos a distribuir los errores en línea

² *McCue v Commonwealth*, 103 Va. 870 (1905).

³ NEWMAN, 1993: 984.

con la intuición previamente expresada. Los referidos conceptos y preceptos son: el *estándar de prueba*, la *presunción de inocencia*, el *beneficio de la duda* y la *carga de la prueba* depositada en la acusación. Como veremos, ninguno de estos principios tradicionales está diseñado para reducir la probabilidad de cometer errores en un proceso penal. Su efecto esperado es distribuir los errores de un modo determinado, es decir, tratando de garantizar que cuando éstos se cometan sean predominantemente absoluciones falsas, en lugar de condenas falsas. Lo que llamo *la doctrina de la distribución del error* está conformada por los conceptos y preceptos aludidos que, en su totalidad, están pensados para salvaguardar el destino del acusado, ya que su implementación hace muy difícil condenar, salvo en los casos más obvios y contundentes de culpabilidad. Ahora bien, todos reconocemos estas doctrinas, pero es común que no reparemos en analizarlas rigurosamente. Sin embargo, reconocerlas es una cosa; descifrar su significado preciso y cómo se relacionan entre sí, es otra muy distinta. El objetivo de la parte I del trabajo es examinar con un grado considerable de detalle, estos cuatro principios y sus efectos en la comisión de errores en general.

De una u otra forma, todos los conceptos mencionados confieren al acusado ciertas ventajas específicas. En este sentido, la presunción de inocencia prohíbe a los jurados atribuir algún significado o relevancia al hecho de que el acusado ya ha sido considerado probablemente culpable de los cargos que se le imputan en una serie de audiencias e instancias previas. El beneficio de la duda establece que, si los hechos que se juzgan constituyen un caso límite o de frontera, los jurados deben decidir en favor del acusado. La transferencia de la carga de la prueba a la acusación garantiza aún más que el acusado será absuelto, salvo que el Estado pruebe su caso. Finalmente, un estándar de prueba tan demandante como el de «más allá de toda duda razonable» prescribe a los jurados absolver al acusado incluso cuando piensen que es probablemente culpable, dado que sólo una creencia firme e indubitable de su culpabilidad justifica la emisión de una condena. Suele considerarse que dichos principios están fundados en la preocupación de proteger al acusado inocente. El hecho es que tales doctrinas tienen el efecto de hacer muy difícil condenar a cualquier acusado, ya sea inocente o culpable. Cada una de ellas implica inclinar ligeramente (y a veces, no tan ligeramente) la balanza de la justicia con vistas a que el veredicto tienda a favorecer al acusado. Me apresuro a añadir que la aseveración previa no pretende constituir una crítica de tales doctrinas. Se trata simplemente de una observación acerca de sus efectos probables.

Aunque ninguno de estos cuatro preceptos está inspirado en la búsqueda de la verdad deben, no obstante, ocupar un lugar central en un libro de epistemología del derecho procesal penal, dado que, pese a no estar basados en razones epistémicas, tienen profundas repercusiones en este ámbito. En

los siguientes tres capítulos, nos centraremos precisamente en dichas consecuencias epistémicas.

Ahora bien, el estándar de prueba es el más importante y el más ampliamente discutido de los cuatro preceptos. De conformidad con lo anterior, este capítulo analizará a profundidad cómo se concibe actualmente el estándar «más allá de toda duda razonable». El resultado más relevante al que este análisis nos conducirá es que dicha noción es penosamente inadecuada, deliberadamente poco clara, totalmente subjetiva y abierta a un número de interpretaciones semejante al número de jueces en funciones, a quienes, en última instancia, les corresponde explicar a los jurados en qué consiste la prueba que satisface tal estándar. El capítulo 3 propondrá una mejor forma de lidiar con el problema de articular un estándar de prueba, principalmente mediante la exploración de las interdependencias conceptuales que existen entre el estándar de prueba y el beneficio de la duda. En el capítulo 4 concluiremos con nuestro tratamiento de las cuestiones relativas a la distribución de los errores, centrándonos en la presunción de inocencia y en la carga de la prueba.

2. INTRODUCCIÓN

En el centro de las discusiones académicas contemporáneas en torno al derecho procesal penal yace una confusión fundamental. De manera sucinta, el problema radica en que el concepto de probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable (de aquí en adelante, BARD)* — que constituye el único criterio o parámetro actualmente aceptado para emitir veredictos justos en un proceso penal — es oscuro, incoherente y pantanoso. Uno de los síntomas del problema emerge de una investigación reciente (que será discutida con detalle más adelante en este mismo capítulo) basada en la realización de simulacros de jurados, la cual pone de manifiesto claramente que los jurados cuentan con una noción bastante imprecisa de lo que es una «duda razonable». En teoría, esta dificultad podría resolverse haciendo que los jueces comuniquen a los miembros del jurado el significado de una duda razonable. De hecho, esto constituye ya una práctica común en muchas jurisdicciones estadounidenses. Tristemente, como veremos después, otro síntoma del problema es que cualquier escrutinio serio de las instrucciones orales que al respecto los jueces transmiten a los jurados muestra que ambos, jueces y jurados, tienen concepciones discrepantes de esta noción clave. Ordinariamente, cuando existen confusiones de esta clase a nivel del juicio oral, dirigimos nuestra

* N. de los TT.: Por las siglas de la fórmula en inglés *Beyond a Reasonable Doubt*.

mirada a los criterios de los tribunales superiores para disipar las imprecisiones y desacuerdos. Sin embargo, de una lectura cuidadosa de las opiniones de la segunda instancia en las que se ha buscado explícitamente clarificar lo que esta doctrina toral significa, no puede más que concluirse que ni siquiera las mentes más sagaces del sistema de impartición de justicia han podido generar un entendimiento homogéneo acerca de cuál es el nivel de prueba apropiado para condenar a alguien del delito que se le imputa. En suma, las imprecisiones no sólo se hallan en las mentes de los jurados, sino también en las opiniones oficiales de los jueces, abogados y juristas en general, así como en todos los niveles y modalidades del proceso penal, desde el estrictamente judicial (en el que el propio juez es también el juzgador de los hechos) hasta en los asuntos en materia penal que resuelve la Corte Suprema.

Claro está que no toda confusión conceptual habría de suscitar una conmoción generalizada. Que carezcamos de ideas totalmente coherentes en torno al problema del libre albedrío, de cómo se produjo la gran explosión que dio origen al universo o sobre el problema de la correspondencia entre el lenguaje y el mundo, no debería preocupar a nadie que no persiga afanosamente el placer de resolver tales enigmas. Sin embargo, ocasionalmente descubrimos incoherencias en ciertas ideas, las cuales tienen repercusiones profundas en el quehacer de la vida cotidiana que no pueden ser tomadas a la ligera o simplemente ignorarse. BARD sin duda, se ubica en estos casos. La confusión y falta de claridad que rodean a dicha noción implican directamente que en cualquier juicio penal, ambos, el acusado y la acusación, encaran una situación impredecible. El riesgo aquí no es el representado por un jurado de frágil corazón —que absuelve movido por la simpatía, sin importar cuán poderosas sean las pruebas inculpatorias— ni por el jurado severo e inquisitivo, decidido a condenar ignorando las pruebas exculpatorias. El problema es más sistémico. Incluso el jurado más responsable, conformado por doce personas deseosas de hacer lo correcto y ansiosas de ver que se haga justicia, queda a la deriva respecto a cuán poderoso ha de ser un caso antes de que sus miembros puedan correctamente afirmar que creen que la culpabilidad del acusado sobrepasa el umbral de la duda razonable. En tales circunstancias, crear un ambiente de interpretaciones confusas no constituye un proyecto viable.

Claramente, la justicia, en el sentido de equidad y debido proceso, no puede ser garantizada, ni siquiera un poco, en un sistema en el que sus diversos jueces recomiendan, y en el que los distintos jurados emplean, estándares discrepantes para determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado. En una situación en que la altura o severidad del umbral para condenar permanece indeterminada, no hay garantías de que los casos que vayan a juicio oral serán decididos por el jurado de acuerdo con el mismo estándar que emplearía un jurado alterno frente a un caso idéntico. En suma, un sistema así carece de fiabilidad (en el sentido de uniformidad y predictibilidad). Por

tanto, se trata de un sistema incoherentemente injusto. Pero en juego está algo más que la propia justicia. Si no hay claridad ni en el caso de los jurados, ni en el de los juristas, no tenemos razones para creer que los veredictos que se emiten tienen la clase de validez que describí en el capítulo primero.

Una de las múltiples señales de desesperación emanada de la situación aludida, señal también de la incomodidad judicial generalizada en torno al estándar penal prevaleciente (¿o debería decir «mantra prevaleciente»?), es que muchos tribunales de apelación en los Estados Unidos aconsejan a los jueces que, a su vez, comuniquen al jurado que una condena requiere de una creencia más allá de toda duda razonable, y nada más, sin ninguna explicación de lo que esto significa. Esto hace que los jurados, poco experimentados en estas cuestiones, tengan que improvisar una negociación entre ellos mismos, para determinar el grado de exigencia del umbral para condenar. Otra señal, más delatora que la anterior, de la incomodidad que la noción en comento produce, es que Inglaterra, país que, como el mío, sigue la tradición del common law, recientemente ha abandonado su centenaria práctica de requerir a los jueces que expliquen a los jurados la naturaleza de una duda razonable. Ahora, en ese país, a los jurados simplemente se les informa de que una condena requiere que «estén seguros» de la culpabilidad del acusado. Inglaterra introdujo este cambio debido a que sus ilustres mentes jurídicas concluyeron que una duda razonable no puede ser definida, tampoco uniformemente comprendida ni consistentemente aplicada⁴.

Los objetivos de este capítulo son dos: eventualmente nos preguntaremos si BARD es el estándar adecuado para promover o facilitar nuestra meta de averiguar la verdad en un proceso penal; y así mismo, preguntaremos si, como sostiene la Corte Suprema de los Estados Unidos, debemos utilizar el mismo estándar de prueba para todos los procesos y para toda clase de delitos. No obstante, antes de encarar tales interrogantes, se requerirá de mucho trabajo intelectual preliminar para esclarecer cómo ha sido entendida, y cómo debería serlo, la noción de BARD. Describiré detalladamente la naturaleza del problema al que nos conducen las confusas explicaciones de una duda razonable; y también sugeriré algunos remedios, algunos de ellos radicales, para superar este defecto. La posible inquietud que al lector pudiera producirle la propuesta de remedios poco convencionales debiera ser mitigada por, y contrastada con, los tintes de desesperación a los que ha llegado el statu quo (según mi descripción del mismo).

⁴ Determinar si remplazar «no tener dudas razonables» por «estar seguros» es una mejora o no, a mí me parece algo superfluo. Como argumentaré en el capítulo siguiente, ambas fórmulas me parecen desesperanzadoras. Lo importante del ejemplo inglés es que nos ofrece una evidencia de que muchos juristas han llegado a la conclusión de que la prueba más allá de toda duda razonable es una noción incoherente.

3. DIVERSAS INTERPRETACIONES DE DUDA RAZONABLE

3.1. Sus orígenes

El significado de BARD tiene una larga historia plagada de múltiples interpretaciones. Por ello, será necesario detenernos en algunos puntos básicos de la misma: hasta finales del siglo XVIII, y antes de la introducción del concepto de BARD, parecido a lo que ocurría con los testigos, a los jurados se les tomaba un juramento de compromiso a emitir un veredicto verdadero sobre el caso que debían decidir. Dada la presunción de inocencia del acusado, el contenido del juramento referido era interpretado del modo que sigue: que los veredictos de culpabilidad eran legítimos sólo si los miembros del jurado estaban *absolutamente seguros* de la culpabilidad del acusado. Éste era, claro, un estándar sumamente demandante, tanto que los filósofos y juristas de la Ilustración fueron dándose cuenta de que en los asuntos humanos (en contraste, por ejemplo, con las matemáticas o la lógica) no había de obtenerse certeza absoluta alguna. A lo más que podía aspirarse, de acuerdo con filósofos como JOHN LOCKE y JOHN WILKINS, era a la obtención de lo que llamaron una «certeza moral». Calificaron esta certeza de «moral» no porque tuviera algo que ver con la ética o la moralidad, sino a efecto de contrastarla con la certeza «matemática» del tipo que tradicionalmente se asocia a la demostración rigurosa. Las creencias que producían certeza moral no podían probarse más allá de toda duda; sin embargo, se trataba de verdades firmes y bien establecidas, fundadas en múltiples pruebas materiales y testimoniales. Por ejemplo, uno puede tener la certeza moral de que Julio Cesar fue emperador de Roma o de que la Tierra es redonda, aun cuando todavía queda espacio para que el escéptico escrupuloso nos advierta de la posibilidad de que estemos delirando en torno a tales cuestiones. Lo que caracterizaba a las creencias acompañadas de certeza moral era que aunque teóricamente siempre estuvieran abiertas a la duda del escéptico, en la práctica no había bases reales o racionales que justificaran dudar de ellas. En este marco surgió la noción de que un veredicto de culpabilidad requería que el jurado creyera en la culpabilidad del acusado «más allá de toda duda razonable» o, bien, que dicha creencia constituyera una «certeza moral». Los juristas de la época rápidamente notaron que, con base en estas nuevas revelaciones en el campo de la epistemología, el criterio apropiado para determinar que el acusado cometió el delito que se le imputa debería ser la certeza «moral» en lugar de la certeza «absoluta».

Ya por la década de 1850, el principio de que la culpabilidad del acusado debía establecerse BARD era ampliamente aceptada en las regiones que seguían la tradición del *common law*. En el caso de los Estados Uni-

dos, el criterio de BARD ya era el estándar al que debían ajustarse las condenas en materia penal en la mayoría de los tribunales estatales y federales. De conformidad con esta situación, las instrucciones que los jueces daban a los jurados justo antes de que éstos se retiraran a deliberar incluían de manera uniforme la aclaración de que un veredicto de culpabilidad sólo podía pronunciarse si los miembros del jurado tenían la certeza moral, o creían más allá de toda duda razonable, que el acusado cometió el delito en cuestión.

En un caso famoso de 1850, el Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Massachussets, Lemuel SHAW, resumió la relación que existe entre la certeza moral y la prueba más allá de toda duda razonable. Dado que su opinión habría de convertirse en la formulación canónica de BARD vigente por casi un siglo, vale la pena citarla completa:

... Entonces, ¿qué es una duda razonable? Es un término usado con frecuencia, probablemente bien comprendido, sin embargo, difícil de definir. No se trata simplemente de una duda posible; dado que todo lo relacionado con el quehacer humano, lo cual depende de pruebas que producen sólo certeza moral, está abierto a alguna duda posible o imaginaria. Se trata pues, de ese estado del caso que, tras una completa comparación y consideración de todas las pruebas, deja la mente de los miembros del jurado en una condición tal que no pueden decir que experimentan una convicción perdurable, que produce certeza moral, acerca de la verdad de los cargos respectivos. La carga de la prueba corresponde al fiscal. Independientemente de las pruebas específicas, todas las presunciones jurídicas están a favor de la inocencia; y toda persona es presumida inocente hasta que no sea probada su culpabilidad. Si todavía subsiste una duda razonable en relación con dicha prueba de culpabilidad, el acusado tiene derecho a beneficiarse de tal presunción en términos de una absolución. Ya que no es suficiente establecer que hay mayores probabilidades de que los hechos imputados sean verdaderos que las que hay de que no lo sean, aunque se trate de una probabilidad fuerte obtenida mediante el cálculo riguroso de probabilidades; sino que las pruebas han de establecer la verdad de los hechos en el sentido de producir una certeza razonable o moral; es decir, una certeza que convence, dirige el entendimiento y que satisface la razón y el juicio de aquellos obligados a actuar conscientemente con base en esa certeza. Esto es lo que se considera una prueba más allá de toda duda razonable...»⁵.

Aunque las palabras de SHAW se convirtieron en el canon empleado hacia finales del siglo XIX, en ocasiones los jueces ampliaban o aderezaban la terminología original. En este sentido, algunas veces los jueces explicaban

⁵ *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. 295: 320 (1850).

que una creencia era verdadera más allá de toda duda razonable cuando era «altamente probable», o cuando los jurados experimentaban una «convicción inmutable», o cuando «sus conciencias estuvieran satisfechas» de que emitir una condena era lo correcto. Pero aun en esta fase temprana de la regla BARD, muchos jueces eran de la opinión de que cuanto menos se intentara explicar esta noción relativamente nueva era mejor. En un caso ya clásico de 1894 en el Territorio de Utah se observa precisamente esta clase de censura, renuencia o vacilación de parte de los jueces para explicar la noción. En un juicio por poligamia, el juez de primera instancia rozó las cumbres de lo artístico cuando explicó al jurado que «una duda razonable es una duda no irracional». En efecto, armados con esta poderosa tautología, los miembros del jurado condenaron al acusado. La defensa apeló argumentando que el juez no había explicado satisfactoriamente al jurado lo que BARD significa. La Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la sentencia sosteniendo que el lenguaje empleado por el juez «constituía el tipo de definición de una duda razonable que puede esperarse de un juzgado»⁶. Como en breve veremos, esta explicación poco útil, y su respaldo por parte del tribunal de mayor autoridad en la región, fue un efectivo augurio de lo que vendría.

3.2. El estado actual de la cuestión

Aunque en efecto, desde mediados del siglo XIX hasta mediados del XX, BARD era una regla ampliamente usada tanto en los tribunales locales como en los federales, debía su vigencia a la costumbre y al precedente judicial (como es característico en el common law) más que a la ley. En 1970, una famosa decisión, *In re Winship*, elevó a nivel constitucional el BARD. Mediante un acto creativo de interpretación —creativo en el sentido de que en ningún lugar de la constitución de los Estados Unidos se toca la cuestión del estándar de prueba aplicable en materia penal— la Corte Suprema determinó que la constitución mandaba que todos los jurados de casos penales fuesen instruidos de que tenían la obligación de aplicar BARD como umbral para la emisión de condenas⁷. Así, la omisión del juez de instruir al jurado en estos términos, se convirtió automáticamente en una causa de revocación de la sentencia respectiva. Pero aún más, *Winship* dejó claro que cada elemento clave del caso de la acusación habría de establecerse BARD a efecto de que una condena estuviera

⁶ *Dunbar v. US*, 156 US 185 (1894).

⁷ En *Cage v. Louisiana*, la Corte Suprema argumentó que *In re Winship* estableció que la cláusula del debido proceso de la enmienda decimocuarta «protege al acusado en contra de una condena, salvo que cada hecho necesario para constituir el delito que se le imputa haya sido probado más allá de toda duda razonable» [397 US 358: 383 (1970)].

justificada⁸. Durante más de treinta años desde entonces, BARD ha disfrutado del rango constitucional semejante al que disfrutaban el derecho a recibir asistencia jurídica y el derecho a ser juzgado por un jurado.

En este marco del nuevo e incrementado estatus de BARD en el sistema de impartición de justicia, los jueces de primera instancia, los tribunales de apelación e incluso los legisladores, han venido tratando de acuñar una noción coherente del significado de esta doctrina y, en términos más prácticos, de cómo debe explicarse (si es que debe explicarse) a los confundidos miembros del jurado. Hasta antes de *Winship*, la explicación más común, siguiendo la pauta de SHAW, era que la prueba más allá de toda duda razonable es equivalente a «la creencia que alcanza a producir una certeza moral». Ya hemos visto que esta forma de explicar BARD tiene un fundamento sólido dado que dicha noción evolucionó a partir de la literatura filosófica en torno a la certeza moral. Sin embargo, desde entonces, la Corte Suprema ha venido desalentando este uso lingüístico, argumentando que la terminología en que se expresa resulta arcaica, que no proporciona orientación alguna (en el mejor de los casos) y que incluso confunde, porque, como el magistrado Harry BLACKMAN sostuvo en una famosa opinión disidente, existe «la posibilidad real de que tal lenguaje conduzca a los jurados a creer razonablemente que pueden fundar su decisión de condenar en estándares morales o en sus emociones, en adición a estándares estrictamente probatorios o en lugar de éstos»⁹. La Corte opinó que: «El riesgo de que los jurados entiendan «certeza moral» como una autorización a condenar en parte basados en juicios de valor sobre el comportamiento del acusado, es particularmente alto en casos en los que se le imputa haber cometido un delito repugnante y brutal»¹⁰. En el mismo caso, la magistrada Sandra Day O'CONNOR, en su sentencia apoyada por la mayoría de la Corte, sostuvo enfáticamente que «esta Corte no condona el uso de la anticuada frase «certeza moral»». La magistrada Ruth BADER GINSBERG se aventuró a decir que «la frase «certeza moral», aunque no tan inapropiada como para volver inconstitucionales las instrucciones que el juez da al jurado, debe evitarse por ser inútil en términos para definir una duda razonable»¹¹.

Los pasajes citados, por sí mismos, nos conducen a la conclusión de que se requiere de un escrutinio más detallado de las decisiones de la Corte Suprema. En síntesis, ese escrutinio nos lleva a sostener que en la última ge-

⁸ Lo anterior es generalmente verdadero, sin embargo, existen excepciones a la regla de que cada elemento clave del caso de la acusación deba ser probado BARD. Algunas de esas excepciones son las excluyentes de responsabilidad y las presunciones. Para una discusión de las primeras, véase el capítulo IV.

⁹ De la opinión disidente del magistrado Blackmun en el caso *Victor v. Nebraska*, 511 US 1: 37 (1994).

¹⁰ *Ibid.*: 24.

¹¹ *Ibid.*

neración, la Corte ha desvinculado el estándar de prueba BARD de las ideas filosóficas que originalmente lo proveyeron de un fundamento coherente. La pregunta central, a la que volveremos más adelante, es si BARD, arrancada del contexto proporcionado por la tradición epistémica en que surgió, es capaz de permanecer incólume de forma independiente; o, en otras palabras, si esta noción es coherente por derecho propio.

Excluida del panorama (o al menos, desaprobada oficialmente) la definición más tradicional —BARD como certeza moral—, los jueces y los académicos han tenido que buscar otras maneras de explicar a los jurados esta noción clave. Sin ninguna intención de ser exhaustivo, quiero examinar brevemente algunas de las propuestas de explicación alternativas, a efecto de mostrar lo confusa que la noción de duda razonable se ha vuelto. Salvo una, las demás versiones de BARD que examinaré se han empleado extensamente por jueces de primera instancia y han sido incluso confirmadas por los tribunales de apelación (aunque en ocasiones, la segunda instancia se ha retractado de su apoyo inicial). La versión restante es bien recibida por la academia, pero virtualmente ningún juez la respalda.

3.2.1. *Más allá de toda duda razonable como aquella seguridad en creencias que consideramos apropiadas para la toma de decisiones importantes en la vida*

Desde el siglo XIX, una explicación popular de BARD implica compararla con el tipo de decisiones importantes o cruciales en la vida de los ciudadanos ordinarios. A los jurados se les dice que, así como no toman decisiones de vital importancia salvo que estén seguros de las creencias en que dichas decisiones se basan, no deben hallar culpable al acusado a menos que su confianza en la culpabilidad de aquél sea tan grande como la que se exigen a ellos mismos tener cuando toman decisiones cruciales que afectan sus vidas. La analogía se hace, pues, con la persona prudente que realiza una acción importante, vital para sus propios intereses, sólo cuando está sumamente confiada en la verdad de las creencias que dirigen dicha acción. Encontramos una formulación típica de esta idea en el esquema de instrucciones al jurado recomendado por el Quinto Circuito de los Estados Unidos:

La prueba más allá de toda duda razonable es entonces una prueba de carácter tan convincente que uno estaría dispuesto a confiar y a actuar con base en ella, sin vacilación alguna, en las cuestiones y asuntos más importantes de la vida¹².

¹² Instrucción al jurado 1.06 del Quinto Circuito Penal, 1990.

Aunque esta clase de instrucción es muy común, crea profundas confusiones. Propongo que consideremos cómo pensamos normalmente las decisiones vitales más importantes que hemos tomado. ¿Acaso el lector cambiaría de trabajo o de carrera sólo cuando estuviere virtualmente seguro de cuáles serán las consecuencias de esa acción? ¿Decide uno casarse sólo cuando se está completamente seguro, más allá de toda duda razonable de que el matrimonio funcionará? ¿En el caso de sufrir un estado de salud muy crítico, rechazamos la opción de una intervención quirúrgica sólo porque el doctor nos informa de que hay riesgos o que hay dudas razonables de que nos curemos después de la intervención? ¿Vacilamos en llamar a la policía cuando sospechamos que hemos escuchado a alguien desplazándose por nuestra sala a medianoche, aun cuando seguramente tenemos dudas significativas y razonables de que se trate de un intruso? En nuestra vida ordinaria, incluso las dudas considerables provocan en nosotros poca o incluso nula vacilación para actuar. Muchas, y quizá la mayoría, de las decisiones importantes en la vida se toman en condiciones de gran incertidumbre, donde las dudas que emergen no sólo son racionales, sino hasta rampantes. Actuamos *aun en presencia de dudas considerables*. La analogía entre las decisiones que en la vida cotidiana tomamos respecto de asuntos importantes y las deliberaciones de un jurado en un juicio penal invita a los miembros del jurado a condenar basados en la misma clase de creencias precarias que frecuentemente guían sus decisiones prácticas cruciales. Resulta irónico que eso es precisamente lo que el sistema procesal penal desea evitar cuando el jurado delibera acerca de la culpabilidad de un acusado. Por esta razón la Corte Suprema de Massachusetts ha argumentado con fuerza en contra de esta analogía, diciendo que:

El grado de certeza requerido para condenar es exclusivo del derecho procesal penal. No pensamos que la gente ordinariamente tome decisiones privadas empleando este estándar; de hecho, creemos que ni siquiera es posible. Sospechamos incluso que si este estándar fuera obligatorio cuando se trate de asuntos privados, el resultado sería una parálisis deliberativa masiva. Los particulares a menudo tienen el lujo de enmendar errores privados; un veredicto de culpabilidad es, con frecuencia, irrevocable¹³.

¹³ *Commonwealth v. Ferreira*, 373 Mass. 116: 130 (1977). Pese a que concuerdo con el sentimiento general expresado aquí, no entiendo por qué el tribunal superior de Massachusetts sostuvo que las sentencias condenatorias son «frecuentemente irrevocables». Tomando en cuenta la posibilidad universal de apelar condenas, parecería más apropiado decir que las condenas no son frecuentemente revocadas.

3.2.2. *Más allá de toda duda razonable como el tipo de duda que haría que una persona prudente vacilara en actuar*

Tomando en cuenta los problemas apuntados con anterioridad, eventualmente la Corte Suprema ha concedido que la analogía discutida arriba puede crear confusiones y, en consecuencia, ha propuesto una alternativa. De manera específica, los magistrados han virado de intentar explicar qué es una creencia más allá de toda duda razonable a explicar en qué consistiría una duda razonable¹⁴. Por el contrario, una duda menos que razonable (y, por tanto, el tipo de dudas que el jurado debería pasar por alto) no provocaría vacilación alguna. La única clase de duda que podría impedir al jurado que halle culpable al acusado es aquella que conduciría a sus miembros a vacilar respecto de actuar o no en sus asuntos personales de importancia. El siguiente es el modelo de instrucción al jurado que el Segundo Circuito propone:

Una duda razonable es una duda basada en la razón y en el sentido común — la clase de duda que haría que una persona razonable vacilara al actuar—. La prueba más allá de toda duda razonable debe, entonces, ser la prueba de naturaleza tan convincente que hace que una persona razonable no vacile en confiar en ésta, ni en actuar en conformidad, en sus propios asuntos privados importantes¹⁵.

Tristemente, este giro en la analogía realmente no remedia los problemas referidos antes. ¿Son las *dudas razonables* las únicas responsables de hacernos vacilar al actuar? Me parece poco probable. Muchas personas, ante las decisiones cruciales, dudan de actuar aun cuando el curso de acción por el que deberían optar es totalmente claro más allá de cualquier duda. Por ejemplo, una esposa maltratada, sabiendo perfectamente bien que su esposo continuará golpeándola cuando falte dinero, no obstante, frecuentemente vacilará si ha de alejarse de esa situación o no. ¿Esto implicará, como sugiere el Segundo Circuito, que la esposa tiene dudas razonables sobre la naturaleza violenta del marido? La inercia que el ejemplo nos muestra es inherente a muchas situaciones e individuos, da lugar a la vacilación para actuar aun cuando las partes involucradas no tienen dudas genuinas de que su situación actual es contraria a sus mejores intereses. Por tanto, es claro

¹⁴ En un caso paradigmático, *Holland v. US*, la Corte Suprema aprobó la instrucción al jurado descrita en la sección precedente, pero añadió que «pensamos que este elemento de la imputación debió haberse presentado en términos de la clase de duda que haría que una persona dudara de actuar... en vez del tipo de duda sobre la cual dicha persona estaría dispuesta a actuar» [348 US 140 (1954)].

¹⁵ Devitt *et al.*, 1987.

que ordinariamente la gente vacila para actuar incluso en ausencia de dudas razonables.

Un comité de distinguidos jueces federales, encargados de informar a la *Judicial Conference of the United States* (Conferencia Judicial de los Estados Unidos), ha criticado todas aquellas versiones de BARD que buscan asimilarla a situaciones cotidianas de decisión personal:

La analogía está fuera de lugar. En las decisiones que la gente toma sobre sus asuntos personales más importantes, la solución de conflictos sobre eventos pasados no suele jugar un papel relevante. De hecho, en las decisiones que tomamos sobre las cuestiones más importantes en nuestras vidas — como elegir una pareja, un trabajo, un lugar para vivir y cosas por el estilo — está involucrado un fuerte elemento de incertidumbre y de riesgo. Se trata de decisiones que en nada se parecen a la que debe tomar un jurado en materia penal¹⁶.

Por consiguiente, identificar el proceso de alcanzar un veredicto en materia penal con el proceso de toma de decisiones prácticas sólo puede crear confusión. Después de todo, BARD supuestamente debería implantar un severo umbral para condenar, más alto que aquel que habitualmente insistimos en satisfacer en nuestras vidas y asuntos privados. Además, se supone que este estándar ejemplifica el viejo dicho de que es mejor que diez personas genuinamente culpables salgan libres que un individuo inocente sea condenado. Pero, si un juez informa a los jurados que pueden condenar si están igual de seguros de la culpabilidad del acusado de lo que están de las creencias que guían, y han guiado, las decisiones importantes en sus vidas, ello constituye una abierta invitación a que condenen con base en niveles bastante bajos de confianza en la culpabilidad del sujeto en cuestión.

3.2.3. *Más allá de toda duda razonable como una convicción estable en la culpabilidad del acusado*

Otra forma común en que los jueces describen qué significa creer más allá de toda duda razonable en la culpabilidad del acusado consiste en sugerir que los miembros del jurado poseen una creencia de tal tipo cuando tienen «una convicción estable de que el acusado es culpable». Un ejemplo es el siguiente modelo de instrucción al jurado adoptado por los tribunales de California:

¹⁶ *Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instruction 18-19*, 1987. Comentario de la Instrucción 21.

La duda razonable se define como sigue: no se trata de una duda meramente posible; pues todo aquello relacionado con asuntos humanos y dependiente de pruebas que sólo pueden producir certeza moral, está abierto a alguna duda posible o imaginaria. Es ese estado mental de los miembros del jurado, después de la comparación y la consideración de todas las pruebas, en el que no pueden decir que tienen una convicción estable, una certeza moral, sobre la verdad de los cargos imputados¹⁷.

Entonces, ¿cómo una persona ordinaria puede determinar aquí y ahora si su convicción, su certeza moral será *estable*? Literariamente, una convicción estable es una que se mantendrá por un largo tiempo (en contraposición con una creencia transitoria). Pero, ¿quién puede asegurar que eventualmente no reconsiderará una creencia recién formada y basada en alguna inferencia? *Retrospectivamente*, por supuesto, uno puede afirmar que la creencia de alguien, incluso de uno mismo, constituía una convicción estable. La cuestión es cómo puede un jurado *prospectivamente* determinar que una creencia recién formada será de esa clase de convicciones. Dado que no puede ser esto lo que «convicción estable» significa, so pena de incoherencia, hemos de buscar su significado en alguna otra parte, no sólo en la superficie. La literatura académica al respecto tiende a sugerir que al solicitar a los miembros del jurado que determinen si su creencia en la culpabilidad del acusado es una convicción estable o no, los juzgados y tribunales en realidad parecen estar solicitándoles que determinen si la creencia en cuestión es sostenida firmemente y sin titubeos. Eso es a lo equivaldría presumiblemente una convicción estable.

Según esta propuesta, uno puede descifrar aquí y ahora si una creencia recién formada será estable o no preguntándose si uno la sostiene firmemente. Sin embargo, aún persiste la siguiente pregunta: ¿la firmeza de una creencia en la culpabilidad del acusado mostraría que se trata de una creencia más allá de toda duda razonable? La firmeza con que se sostiene una creencia —es decir, la intensidad de nuestra convicción al respecto— no establece para nada si dicha creencia es racional o si está bien fundada en las pruebas disponibles. Por ejemplo, puedo creer firmemente que mi perro Fido, recién fallecido, se encuentra ahora en el cielo canino. Incluso, tal vez dicha creencia me acompañe hasta la tumba. No obstante, la perdurabilidad de esta creencia, o mi tenaz insistencia en aseverarla, tienen muy poco que ver con establecer si está racionalmente bien fundada o no. De manera similar, un miembro del jurado puede estar firmemente convencido de la culpabilidad del acusado con base en todo tipo de malas razones (por ejemplo,

porque el acusado haya nacido bajo el signo zodiacal de Escorpio). Si es cierto, y seguramente lo es, que no queremos que los miembros del jurado se abstengan de condenar a alguien con base en dudas irracionales acerca de su culpabilidad, debe ser igualmente cierto que no queremos alentarlos a que se apresuren a condenar basados en sospechas irracionales. No puede haber interpretación aceptable de BARD que omita dejar claro que las condenas no pueden estar fundadas en consideraciones irracionales, del mismo modo en que no pueden estarlo las absoluciones. La propuesta considerada en este párrafo incurre precisamente en esta omisión.

Decir al jurado que no debe condenar a menos que tenga una convicción fuerte y estable de la culpabilidad del acusado es inaceptable porque confunde una (posible) condición necesaria con una condición suficiente. En efecto, puede ser que deseemos que los miembros del jurado estén persuadidos de la culpabilidad del acusado si es que han de condenar (aunque expresaré algunas dudas al respecto en el capítulo IV); sin embargo, tal persuasión no tiene valor probatorio alguno salvo que se derive de una reflexión cuidadosa de las pruebas disponibles y de inferencias prudentes a partir de éstas. Es cierto que la instrucción modelo usada en los tribunales de California, anteriormente citada, exhorta al jurado a tomar en cuenta *todas* las pruebas. Pero tomar en cuenta todas las pruebas y ponderarlas adecuadamente son cosas distintas. Desafortunadamente, la mayoría de las instrucciones dadas a los jurados no dicen nada acerca del tipo de pruebas necesarias para condenar. Más bien se centran enteramente en los estados subjetivos de los miembros del jurado (punto al que volveremos con mayor detalle posteriormente).

Debemos recordar que BARD fue diseñada, entre otras cosas, para proteger al acusado de veredictos apresurados, asociados a una justicia tribal o de patrullas ciudadanas (*vigilante justice*). Fue creada para codificar el significado de la presunción de inocencia en favor del acusado. Instruir a los jurados en el sentido de que no pueden condenar a menos que se sientan firmemente convencidos de la culpabilidad del acusado, no garantiza en absoluto que sus creencias sobre la culpabilidad o la inocencia estarán basadas en una ponderación cuidadosa de las pruebas disponibles. Si es importante enfatizar que las dudas que han de conducir a una absolución deben ser racionales, es igualmente crucial insistir en que si las creencias en la culpabilidad del acusado han de conducir a la emisión de una condena, éstas deben estar racionalmente bien fundadas.

Tal vez el lector piense que el problema podría remediarse combinando los términos «convicción estable» con la insistencia en que los miembros del jurado deben estar cuidadosamente atentos a todas las pruebas disponibles al formar su creencia en la culpabilidad del acusado. Es decir, el juez en sus instrucciones al jurado puede añadir que las pruebas deben hacer abru-

¹⁷ 114 C., p. 1244. El lector atento se habrá percatado de que el lenguaje empleado en California es casi idéntico a la instrucción del magistrado Shaw en 1850.

maduramente más probable que el acusado sea culpable, o alguna otra formulación lingüística equivalente. Pero, entonces, hablar de una convicción estable se vuelve gratuito. Si la duda razonable se desvanece genuinamente cuando las pruebas apuntan poderosamente a la culpabilidad del acusado, entonces el jurado sólo necesita determinar si las pruebas presentadas en juicio tienen tal característica. Es irrelevante si, en adición a lo anterior, el jurado tiene una convicción firme o estable al respecto.

Pero las aguas se agitan aún más por el hecho de que los juzgados y tribunales han argumentado que la frase «convicción firme en la culpabilidad» representa un serio debilitamiento del estándar BARD y que, además, la carga de la prueba para la acusación sería mucho más ligera que aquella exigida por una «certeza moral».¹⁸

3.2.4. La duda razonable como aquella duda para la cual puede ofrecerse una razón

Esta interpretación de BARD parece ser casi tautológica y, por tanto, inofensiva, si no incluso vacía de contenido. Con base en esta interpretación, se dice que una duda razonable es una duda que es, precisamente, razonable; es decir, una para la cual puede ofrecerse una razón. Desde este punto de vista, aquellas dudas para las que no puedan ofrecerse razones fracasan en su intento de ser razonables y, por ende, no están en condiciones de impedir la emisión de una condena. Obvia como aparenta ser, esta explicación de la duda razonable frecuentemente ha sido vista con desaprobación por los tribunales de apelación y, a veces, explícitamente repudiada.

En el caso *Burnett v. Nebraska*, por ejemplo, el tribunal instruyó al jurado diciéndole que una duda razonable consistía en esa duda que podían explicarse entre ellos y para la cual podían ofrecer una razón a la luz de las pruebas aducidas en el caso concreto. Parte de las instrucciones específicas que el juez dio al jurado fue que «por duda razonable no se entiende que el acusado quizá pueda ser inocente del delito que se le imputa, sino que implica una duda concreta con base en alguna razón». Este lenguaje aparentemente inocuo fue censurado en apelación; el tribunal de apelación sostuvo que esta definición

¹⁸ La siguiente es la opinión de la Corte Suprema de Ohio cuando el parlamento local redifinió BARD, pasando de una certeza moral a una convicción firme:

«Es evidente que se ha hecho un cambio significativo, el cual reduce el requisito de una certeza moral a una convicción firme y actual. Los cambios en la sustancia de la definición de una duda razonable reducen el grado de certeza requerido y eliminan las implicaciones de una certeza o convicción absoluta. Estos cambios son significativos y se traducen en una ventaja única para el Estado al argumentar ante el jurado y en una desventaja para el acusado» [*State v. Crenshaw*, 51 Ohio App. 2d 63 (1977)].

era errónea y revocó la condena respectiva¹⁹. En otro caso, en la apelación de *Carr v. Nebraska*, leemos que «es un error explicar al jurado que una duda razonable es aquella para la cual el jurado puede ofrecer una razón derivada de las pruebas testimoniales»²⁰. La Corte Suprema tiene una visión similar, en *Young v. Oklahoma*, argumentó que «una instrucción que contiene la frase "una duda para la cual puede ofrecerse una razón" constituye un error»²¹.

Quizá el lector se esté preguntando cómo es posible que constituya un error reversible —lo suficientemente serio como para revocar una condena— decirle al jurado que una duda razonable es aquella para la cual posea una razón y pueda explicarla. Algunos de los razonamientos que están detrás de la tendencia a considerar incorrecta esta interpretación de BARD provienen de otro caso revisado en apelación, *Morgan v. Ohio*, en donde el juez respectivo también había empleado la glosa «esa duda para la cual puede ofrecerse una razón». El tribunal de apelación preguntó lo siguiente:

¿Qué clase de razón se espera? ¿Bastaría con una razón muy débil o se requiere de una muy fuerte? La propuesta no arroja luces al respecto. Parece entonces, que hay necesidad de una explicación más profunda para superar el problema de la indefinición. La expresión comentada está incluso calculada para confundir. ¿A quién debe exponerse la razón de que se trate? ¿Deben los miembros del jurado dársele a sí mismos? La propuesta no lo especifica. Además de que a los miembros del jurado no les es requerido que ofrezcan y discutan las razones en que basan su veredicto²².

Un tribunal de apelación de Pennsylvania se inclina por la misma opinión al sostener que:

Para ser «razonable» la duda debe ser sustancial en oposición a la mera conjetura, sin embargo, no es esencial que un miembro del jurado sea capaz de ofrecer «alguna razón adecuada para basar la duda». Puede existir sin que aquel pueda formular alguna razón que la respalde.²³

Considérese también esta perla de sabiduría que hallamos en *Pennsylvania v. Baker*:

Una duda razonable puede existir en la mente de un miembro del jurado sin que éste sea capaz de formular una razón para tenerla.²⁴

¹⁹ *Burnett v. State*, 86 Neb. 11 (1910).

²⁰ *Carr v. State*, 23 Neb. 749, 750 (1888).

²¹ *Young v. State*, 1962 OK. CR. 70 (1962).

²² *Morgan v. State*, 48 Ohio St. 371, 376 (1891).

²³ *State v. Dauphinee*, 121 Pa. Super. 565, 590 (1936). El énfasis es mío.

²⁴ *State v. Baker*, 93 Pa. Super. 360 (1928).

Así las cosas, algunos tribunales temen que decirle al jurado que necesita de una razón para fundamentar sus dudas antes de considerarla razonable, pueda constituir una presión psicológica indebida. El Tribunal del Segundo Circuito de los Estados Unidos da voz a la preocupación de que esta clase de instrucción «pueda intimidar al jurado al sugerir que tal vez sea llamado a rendir cuentas de sus dudas, aunque dicha instrucción, en efecto, no exija que las dudas se justifiquen».²⁵ Estos balbuceos en el terreno de la psicología cuando provienen de un político pueden entenderse como un intento por ser visto como «empático» respecto a las vicisitudes que el electorado experimenta. Pero no es lo que esperaríamos de nuestros tribunales cuando insisten en que los miembros del jurado se aseguren de que su absolución esté fundada en una duda razonable. Si un miembro del jurado tiene dudas de la culpabilidad del acusado, pero no puede identificar ni formular las razones que las sustentan, entonces ¿cómo puede determinar si su duda es o no racional?

Una segunda línea de pensamiento, en mi opinión igualmente endeble que la anterior para explicar por qué las dudas razonables no necesitan ser dudas para las que se tengan razones está ligada a la idea de que en un proceso penal el acusado no está obligado a presentar una defensa. En este sentido, se afirma que requerir que un jurado tenga una razón para absolver es tanto como requerir que el acusado presente una defensa. A continuación reproducimos el argumento del tribunal de apelación en el caso *Lowa v. Cohen*:

¿Quién ha de determinar si un miembro del jurado es capaz de ofrecer una razón y qué tipo de razón será suficiente? ¿Ante quién habrá de exponerse la razón en cuestión? Un miembro del jurado puede decir que no cree que el acusado sea culpable. De acuerdo con esta clase de instrucciones, otro le podría exigir que explicite las razones que lo hacen pensar de ese modo. En efecto, cada miembro del jurado puede ser interpelado por sus colegas a efecto de que exprese sus razones para absolver, aunque parecería ser que una mejor regla sería la que requiere esto cuando se discute la posibilidad de condenar. La carga de identificar y expresar las razones para no hallar culpable al acusado perjudica al acusado, cuando es al Estado a quien corresponde presentar un caso que excluya toda duda razonable. Además, los miembros del jurado no tienen la obligación de explicar a otros las razones en que basan las conclusiones alcanzadas.²⁶

Precisamente el mismo argumento puede encontrarse en un caso anterior en Indiana. Ahí el tribunal de apelación sostuvo que fue incorrecto instruir

al jurado en el sentido de requerir que sus miembros debían tener razones para respaldar las dudas que tuvieran sobre la culpabilidad del acusado. La segunda instancia argumentó que:

Pensamos que una instrucción como la que estamos considerando sólo puede crear confusión, además, en detrimento del acusado. Un jurado puede decir que no cree que el acusado sea culpable del delito que se le imputa. Otro puede responderle que si tiene una duda razonable sobre su culpabilidad, entonces debe expresar las razones para ello. Y, bajo las instrucciones dadas en este caso, el acusado debería ser hallado culpable a menos que cada miembro del jurado sea capaz de ofrecer una razón afirmativa de por qué tiene dudas respecto de la culpabilidad del acusado. Lo anterior confiere al acusado la carga de presentar a cada miembro del jurado una razón por la que no considera que su caso satisfaga el nivel de prueba que la ley establece, antes de que aquellos puedan emitir una condena. No existe tal carga ni para el acusado ni para el jurado en un juicio penal.²⁷

En definitiva, esta forma de analizar la cuestión rompe con la distinción entre una duda (posible) y una duda razonable. Seguramente podemos conceder que un miembro del jurado puede seguir teniendo dudas de la culpabilidad del acusado tras haber escuchado todas las pruebas aducidas en un caso concreto. Lo que creo que ese miembro del jurado no puede hacer es determinar que las dudas que tiene son *razonables* sin que, en efecto, sea capaz de formularselas a sí mismo y de someterlas a escrutinio, preferiblemente con la ayuda de sus colegas. Si un miembro del jurado no puede señalar alguno de los elementos probatorios de la acusación que no le parezca totalmente convincente, entonces es imposible, incluso para él, determinar si su duda acerca del veredicto de culpabilidad es racional o no. Obviamente, a la acusación no debería conferirse la carga de eliminar de las mentes de los miembros del jurado todas las dudas *posibles*, sino sólo las *razonables*. De hecho, ése fue el motivo para que hace doscientos años se reemplazara el viejo criterio («absuelva si tiene alguna duda de la culpabilidad») por **BARD**. En la medida en que la duda de un jurado no pueda expresarse, no podemos siquiera aspirar a ubicarla en algún punto del eje que separa lo racional de lo irracional.

Por lo que hace a la analogía planteada en estos pasajes entre la capacidad del jurado de ofrecer razones y la construcción de la defensa por

²⁵ *U.S. v. Davis*, 328 F.2d 864, 867 (1964).

²⁶ *State v. Cohen*, 108 Iowa 208, 214 (1899).

²⁷ *Siberry v. State*, 133 Ind. 677, 685 (1893). Dado que sólo se requiere de un miembro del jurado con una duda razonable para bloquear la procedencia de una condena, no se entiende entonces por qué los magistrados dicen «que el acusado debe ser hallado culpable a menos que cada uno de los miembros del jurado sea capaz de ofrecer una razón afirmativa acerca de por qué tiene una duda razonable de la culpabilidad del acusado» (El énfasis es mío).

el acusado, me parece que tal paralelismo no es más que una cortina de humo. Requerir del miembro del jurado que tenga una razón para dudar de la culpabilidad del acusado, de ninguna manera requiere, a su vez, que tal razón provenga exclusivamente de las pruebas testimoniales o de argumento alguno ofrecido por la defensa. Los miembros del jurado pueden no estar convencidos, es decir, dudar de alguna prueba testimonial ofrecida por el Estado, ya sea que se trate de un testigo experto o no. Exigir de los miembros del jurado que sean capaces de expresar tales dudas a sus colegas, o a sí mismos, es perfectamente compatible con la presunción de inocencia y con la imposición de la carga completa de la prueba a la acusación.

Afortunadamente, no todos los juzgados y tribunales de los Estados Unidos se han apresurado a decir que alguien puede tener una duda razonable sobre la culpabilidad del acusado aun cuando no pueda ofrecer una razón para fundar dicha duda. La Corte Suprema de Wisconsin ha sostenido específicamente que: «En un juicio penal, la instrucción al jurado de que una duda razonable es una duda para la que puede ofrecerse alguna razón con base en las pruebas disponibles, es correcta.»²⁸ a lo cual sensatamente añade que: «Una duda no puede ser razonable salvo que exista una razón, y si tal razón existe, ésta puede ofrecerse»²⁸. Es una lástima que este requerimiento rudimentario y ejemplar no sea la instrucción prevaliente, dado que pone énfasis en que los miembros del jurado deben buscar razones para fundar sus decisiones. Al contrario, constituye la visión directamente opuesta a la que tiene la Corte Suprema de los Estados Unidos, que sostiene que tal interpretación de BARD es incorrecta.²⁹

No puedo concluir esta discusión acerca de las instrucciones dadas al jurado (muchas veces confusas) respecto de lo que BARD significa sin incluir mi favorita. Adecuadamente considerada inaceptable por la segunda instancia, proviene de un juez del estado de Nueva York. Así es como este juez instruyó al jurado sobre la duda razonable:

Esta no es una duda basada en la simpatía, el prejuicio, la parcialidad, el capricho o el sentimentalismo, ni en la endeble voluntad de un miembro del jurado débil, tímido, sin convicciones, quien busca evitar cumplir con un

²⁸ *Butler v. State*, 102 Wis. 364 (1899).

²⁹ Vale la pena mencionar, aunque uno no pueda estar seguro de sus implicaciones, que el sistema estadounidense de justicia penal opera bajo el supuesto de que los actores principales no necesitan dar (y quizá, no necesitan tener) razones para fundamentar sus decisiones. Considérese, como ejemplo, que los abogados pueden excluir miembros potenciales del jurado sin dar razones, que los jueces de la audiencia de juicio oral no tienen la obligación de explicar las bases de sus decisiones sobre las objeciones de los abogados, que los jurados no necesitan dar ninguna justificación de su veredicto y que los tribunales correspondientes pueden desear una apelación sin explicitar la lógica de su decisión.

deber desagravable, a saber, condenar a otro ser humano por la comisión de un delito grave»³⁰.

3.2.5. *Más allá de toda duda razonable como una creencia altamente probable*

De acuerdo con este enfoque, mucho más popular entre académicos e incluso entre los ciudadanos ordinarios que entre los jueces, la forma correcta de entender lo que significa una creencia más allá de toda duda razonable consiste en sostener que cualquiera de las creencias de este tipo ha de ser *altamente probable*. Para este enfoque podemos encontrar una fuente de inspiración obvia en el estándar de prueba aplicable en materia civil. En dicha jurisdicción, los tribunales acuerdan que se debe conceder la razón a una parte, en detrimento de la otra, si las pruebas favorecen «preponderantemente» a la primera. Esto normalmente significa que el juzgador de los hechos debe fallar a favor del actor, y no del demandado, si hay mayores probabilidades de que el caso del primero sea verdadero que las probabilidades de que no lo sea; es decir, si su caso cuenta con una probabilidad mayor al 0.5. Claro está que la intención es que el estándar de prueba que aplica en materia penal sea mucho más severo que el civil, de modo que para dictar una condena las probabilidades tendrían que ser más altas (como estimados extra-oficiales se habla de un valor de 0.9 o de 0.95).

Quienes proponen esta interpretación de BARD argumentan que los jueces deben instruir a los jurados en el sentido de que deben absolver a menos que su confianza, o el grado de intensidad de su creencia, en la culpabilidad del acusado se encuentre muy cerca de la certeza (o, en términos numéricos, cerca de 1.0). Como ya he adelantado, los jueces generalmente rechazan esta formulación de BARD. Vale la pena investigar por qué lo hacen, especialmente porque en el siguiente capítulo examinaré una variante de este enfoque.

Como sabemos, las probabilidades pueden asumir valores en una escala que va del 0.0 al 1.0. Es costumbre (aunque no sea estrictamente correcto) identificar una probabilidad de 1.0 con la certeza absoluta. Debido a que (como es reconocido por el estándar BARD) no podemos estar completa y absolutamente seguros de nada que tenga que ver con el quehacer humano y sus asuntos, ello implica que los miembros del jurado jamás podrán estar totalmente seguros de la culpabilidad del acusado. Esta situación naturalmente abre la puerta a la sugerencia de que el estándar de prueba para condenar podría ser definido mediante la especificación de un umbral de probabilidad

³⁰ *People v. Feldman*, 71 N.E. 2d 433, 439 (1947).

(un valor numérico que exprese cierto grado de confianza) que tendría que ser satisfecho por la creencia en la culpabilidad si es que la convicción de los miembros del jurado, así como la condena correspondiente, han de estar justificadas. Aunque de cuando en cuando algunos jueces de primera instancia explican a los jurados la noción de BARD en estos términos, virtualmente ningún tribunal de apelación lo respalda. Al contrario, existe una férrea resistencia a esta forma de cuantificar el estándar de prueba. En este sentido, al resolver desfavorablemente una apelación, un tribunal de segunda instancia en Massachusetts sostuvo que «la noción de una duda razonable no se presta a la cuantificación; es inherentemente cualitativa».³¹ La Corte Suprema de Nevada concuerda con esta opinión al manifestar que «la noción de una duda razonable es inherentemente cualitativa. Cualquier intento de cuantificarla puede disminuir o aligerar, indebidamente, la carga de prueba impuesta a la acusación; además de que probablemente tienda más a confundir que a esclarecer las cosas».³² Por supuesto, estos no son argumentos sino meras aseveraciones. Pero además, si hubiese algún argumento en estos pasajes, no se trata de un argumento en contra del empleo del lenguaje de probabilidades *per se*, sino en contra del error de no especificar que se requiere de una probabilidad muy alta para condenar. La observación del tribunal de Nevada en el sentido de que un juez puede identificar BARD con un valor de probabilidad muy bajo es claramente remediabile mediante el establecimiento de un valor muy alto.

La misma clase de análisis — corto de miras — puede encontrarse en las opiniones disidentes de los magistrados Harry BLACKMAN y David SOUTER, quienes argumentaron que:

La palabra «probabilidad» trae a la mente las ideas de «posibilidad», «azar», «aparentencia» y «plausibilidad». Ninguna de ellas parece aproximarse al alto grado de certeza que se requiere para estar convencido de la culpabilidad del acusado «más allá de toda duda razonable».³³

Aunque quizá el término «probabilidad» acarree las implicaciones que a BLACKMAN y a SOUTER les preocupan (o, quizá, probablemente no), la frase «alta probabilidad» no sugiere algo tan débil como una mera posibilidad, una mínima plausibilidad o la simple verosimilitud. En vista de lo endebles que son estos argumentos, me parece que hemos de encontrar en otra parte qué es lo que realmente preocupa a los juristas.

Una fuente de su preocupación es lo siguiente: cualquier especificación de cierto valor de probabilidad atribuible a la creencia en la culpabilidad del

acusado (como, por ejemplo, el 95 por 100 de confianza) implica admitir de manera explícita que inevitablemente ocurrirán casos de condenas falsas. Si los miembros del jurado de algún modo pudieran determinar que tienen una confianza del 95 por 100 en la culpabilidad del acusado, generalmente esto sugeriría que uno de veinte acusados inocentes será erróneamente condenado. Mientras que en abstracto se reconoce que ningún método de prueba es infalible, lo cual implica aceptar, en principio, que se cometerán errores de tiempo en tiempo, la judicatura muestra una fuerte resistencia a cualquier forma de admisión explícita de que el sistema de impartición de justicia penal, desde sus propias raíces, por su propio diseño, tiene una inherente tolerancia a las condenas erróneas. Algunos elementos de esta preocupación pueden verse claramente en los comentarios que hizo el magistrado William BRENNAN en un caso que ya hemos discutido, *In re Winship*.³⁴ A BRENNAN le preocupa que el derecho pierda mucha de su «fuerza moral» si deja espacio para la sospecha de que, aunque rara vez ocurra, «personas inocentes estén siendo condenadas». BRENNAN sostiene que para evitar este problema, el ciudadano de a pie debe creer que no puede ser enviado a prisión a menos que su culpabilidad haya sido probada «lo más cerca posible a la certeza absoluta» (estos comentarios deberían llamar mucho nuestra atención, sobre todo tomando en cuenta que vivimos en una era en la que supuestamente hemos aprendido a aceptar la falibilidad del razonamiento humano. Sin embargo, dejaremos este curioso anacronismo de lado).

Lo que debería quedar claro es que identificar a BARD con cualquier valor de probabilidad menor a la unidad, implicaría un reconocimiento explícito de que el sistema condona oficialmente una fracción de condenas falsas. Lo anterior supuestamente amenazaría la fe que tiene el ciudadano de a pie en el sistema. De modo que parecería ser mejor evitar el lenguaje de probabilidades cuando se habla del estándar de prueba adecuado para condenar que reconocer públicamente que, de manera expresa, el sistema permite apreciaciones de culpabilidad incorrectas. Daniel SHAPIRO ha señalado que el sistema de impartición de justicia penal realiza esfuerzos casi heroicos para reducir la *aparente* posibilidad de comisión de errores, aun cuando se reconoce que esa posibilidad es omnipresente. Este autor sugiere que «esta situación quizá es un reflejo de los intereses egoístas de los abogados (y,

³¹ *Massachusetts v. Sullivan*, 482 N.E.2d 1198 (1985).

³² *McCulloch v. State*, 99 Nev. 72-75 (1983).

³³ De la opinión disidente de BLACKMAN y SOUTER en el caso *Victor v. Nebraska* (1994).

³⁴ El magistrado BRENNAN escribió lo siguiente: «Es crucial que la fuerza moral del derecho penal no sea debilitada por un estándar de prueba que deje dudas acerca de si personas inocentes están siendo condenadas por el sistema. También es importante que en nuestra sociedad libre, cada persona que se dedica a sus asuntos ordinarios, tenga la confianza de que su gobierno no puede considerarla culpable de algún delito, sin previamente haber convenido a un juzgador adecuado de los hechos, de su culpabilidad» (*In re Winship*, 397 US 358: 364 (1970)).

Según una búsqueda realizada en Lexis Nexis por este autor, más de cincuenta decisiones de tribunales de apelación, desde 1970, citan y respaldan este sentimiento inherente de BRENNAN.

podemos añadir, de los jueces) al promover la apariencia de que el sistema hace justicia», en lugar de difundir el verdadero estado de la cuestión³⁵.

Quizá la formulación más poderosa del argumento en contra de definir la duda razonable como un valor específico de probabilidad proviene del influyente académico inglés Thomas STARKIE, quien en 1828 estableció su punto del siguiente modo:

Sostener que cierto valor de probabilidad finito pueda constituir el tipo de prueba adecuado para la condena de un ofensor, en realidad sería aseverar que de entre un número finito de personas acusadas, debe sacrificarse a un hombre inocente por el bien de castigar al resto; proposición que es tan inconsistente con el espíritu humanitario de nuestro derecho como con los principios de racionalidad y de justicia³⁶.

Un tercer problema con especificar BARD en términos probabilísticos está constituido por el tradicional dogma jurídico de que la condena de un acusado requiere que el estado mental del jurado sea una «firme creencia en la culpabilidad», es decir, que los miembros del jurado deben estar «completamente convencidos». El lector puede preguntarse ahora, ¿cómo se puede estar completamente convencido de una creencia que consideramos tieme, por ejemplo, un 95 por 100 de probabilidades? En efecto, ese 5 por 100 restante de incertidumbre implica que los miembros del jurado se encuentran menos que «completamente convencidos». Pero, de acuerdo con esta manera de pensar (con el dogma antes referido), nada menor a la certeza absoluta, es decir, menor a una probabilidad del 100 por 100, debería ser suficiente para condenar. El punto es que nadie cree que sea posible contar con una prueba de ese tipo.

Finalmente, aunque pudiera eliminarse la preocupación acerca del mensaje genérico que se estaría enviando a la sociedad mediante el empleo del lenguaje de probabilidades, no está claro qué valor de probabilidad debería asociarse a BARD. En un estudio inglés de hace treinta años, jueces y miembros del jurado fueron entrevistados acerca del valor de probabilidad que considerarían apropiado para la emisión de una condena penal. Un tercio de los jueces ubicó este valor entre el 0,7 y el 0,9, mientras que el resto se pronunció por más de 0,9. Entre los miembros del jurado, la mayoría (el 54 por 100) pensó que el valor adecuado debería ser de 0,9 o superior³⁷. Con independencia de que jueces y miembros del jurado sitúen BARD en tan distintos puntos en la escala de probabilidades, debería preocuparnos

sobremannera que éste pueda ser asociado con un determinado significado probabilístico.

En el capítulo siguiente examinaremos con mayor grado de detalle si el estándar de prueba en materia penal puede, de algún modo, plantearse en el lenguaje de probabilidades. Por el momento, dejaré la última palabra a Lawrence TRIBE, quien en un ya clásico artículo sobre la importancia política de no cuantificar el estándar de prueba insistió en que:

BARD no denota método matemático alguno para medir el grado preciso de certidumbre que requerimos de los miembros del jurado en casos penales; sino que implica un compromiso sutil entre el conocimiento de que no podemos insistir, al menos de forma realista, en que se absuelva siempre que la creencia en la culpabilidad sea menor al estado de certeza absoluta; y el reconocimiento de que sería demasiado alto el costo de manifestar dicho conocimiento explícitamente y con una precisión calculada en el curso de un proceso penal³⁸.

4. EL ACTO SUPREMO DE DESESPERACIÓN: EVITAR CUALQUIER EXPLICACIÓN DE MÁS ALLA DE TODA DUDA RAZONABLE

La coexistencia de múltiples y divergentes definiciones de BARD no es, en sí mismo, algo malo. Después de todo, las nociones más complejas pueden ser definidas de modos diversos. Lo que resulta problemático es que la mayoría de estas definiciones fracasan en caracterizar la *misma* idea subyacente. Creer firmemente en la culpabilidad del acusado, o estar establemente convencido de ello, no es lo mismo que no tener dudas para las cuales pueda ofrecerse una razón. Y ninguna de las definiciones anteriores equivale a una creencia en la que se basarían las acciones importantes de la vida. Lo que enfrentamos no es una propuesta de glosas diferentes de la *misma* noción, sino fundamentalmente concepciones diferentes del tipo y nivel de prueba necesarios para condenar. Para empeorar las cosas, los juzgados y tribunales han desechado dichas propuestas argumentando que son incorrectas, confusas o ininteligibles. Incluso algunas versiones consideradas aceptables, y hasta ejemplares, han sido rechazadas por otros tribunales bajo el argumento de que violan los derechos constitucionales del acusado.

Esta situación ha propiciado que muchos tribunales de apelación insistan en que los jueces no deben tratar de explicar BARD en las instrucciones

³⁵ SHAWIRO, 1989.

³⁶ STARKIE, 1828.

³⁷ COHEN, 1970 y CHRISTENSEN, 1950: 62.

³⁸ TRIBE, 1971: 1375.

que dan a los jurados. Al menos diez estados sostienen este punto de vista en la actualidad. En algunos de ellos (como en el caso de Oklahoma) si un juez osa tratar de explicar lo que BARD significa, esto es un fundamento automático para revocar la condena respectiva.³⁹ En contraste, otros quince estados sí exigen que los jueces definan BARD a los jurados. Ahora bien, la misma confusión impera a nivel federal. Cuatro de los once tribunales de circuito de los Estados Unidos requirieron de una definición, cuya omisión es considerada un fundamento para la revocación. La mayoría de los restantes sostiene que los jueces no necesitan definir lo que es una duda razonable. Virtualmente todos los tribunales de segunda instancia advierten que la mayoría de los intentos de explicar BARD generan confusión en las mentes de los miembros del jurado o, bien, sostienen que dichos intentos definen erróneamente la carga de prueba apropiada, lo que constituye la esencia de BARD. Como al respecto se pronunciara el tribunal de apelaciones del Séptimo Circuito en 1982, «repetidamente hemos amonestado a los juzgados de distrito por definir el término "duda razonable"».⁴⁰ Seis años después, al ver que los juzgados de primera instancia persistían en explicar BARD a los perplejos miembros del jurado, los magistrados del Séptimo Circuito fueron aún más insistentes al prescribir que «no debe hacerse ningún intento por definir una duda razonable».⁴¹

Los magistrados sostuvieron que:

La «duda razonable» debe hablar por sí misma. Los miembros del jurado saben lo que es «razonable» y están bien familiarizados con el significado de «duda». Los intentos de jueces y abogados de inyectar otras frases amorfas y «de moda» al estándar de toda «duda razonable», tales como «asuntos de la mayor importancia», sólo empañan las aguas... por tanto, es inapropiado que los jueces den instrucciones que incluyan alguna definición de «duda razonable», y es igualmente inadecuado que los abogados ofrezcan una definición durante el juicio.⁴²

La idea de que el significado de una duda razonable debe ser claro para todos por el hecho de que la gente comprende cada uno de los términos que conforman la frase es hilarante. «Duda razonable», como sucede con muchos otros términos de batalla (como «servidor público» o «caja negra»),

³⁹ El caso que establece que en Oklahoma cualquier intento de explicar la duda razonable constituye un error revocable es: *Pannell v. Oklahoma*, 640 P.2d 568 (1982), p. 570. Para una regla similar en Wyoming, véase: *Conco v. Wyoming*, 521 P.2d 1345 (1974), p. 1346.

⁴⁰ *US v. Martin-Tregora*, 684 F.2d 485, 493 (7^o Cir. 1982).

⁴¹ *US v. Hall*, 854 F.2d 1036, 1039 (7^o Cir. 1988). La reacción cambiante de los tribunales de apelación respecto del uso de instrucciones para el estándar BARD es discutido a detalle en Cohen, 1995.

⁴² *US v. Glass*, 846 F.2d 386 (1988).

acarrea una carga de contenido que no está implicada por ninguno de sus dos términos constitutivos. Recordemos que muchos juzgados y tribunales han argumentado que no debe entenderse por duda razonable aquella duda para la cual pueda ofrecerse una razón. Dado que éste (una duda para la que puedan ofrecerse razones) es precisamente el significado más natural en el lenguaje ordinario, su rechazo es suficiente para refutar la aseveración del Séptimo Circuito sobre que el significado de BARD puede ser captado si se comprenden individualmente los términos que conforman la frase.

Si el anterior resulta un argumento poco convincente, hay una larga lista de magistrados y jueces de segunda instancia que inventan otras razones para no definir BARD. Por ejemplo, Douglas Woodcock, un juez de distrito del Estado de Massachusetts, sostiene que «constituye un precepto filosófico básico que el concepto de duda razonable tiene una existencia *a priori* en las mentes de los miembros del jurado».⁴³ Si todos comprendemos *a priori* el concepto en cuestión, no hay necesidad alguna de proporcionar una definición (tal vez deberíamos desalentar a los jueces federales de que lean a Kant, o a cualquier otro autor que a Woodcock le haya sugerido tanta idea). En 1994, el tribunal del Cuarto Circuito sostuvo que, aunque el propio jurado solicite al juez que defina «duda razonable», el juez puede correctamente rehusar hacerlo.⁴⁴ Por su parte, la Corte Suprema nunca se ha decidido en torno a este asunto, de modo que, por ejemplo, el magistrado O'CONNOR escribió en 1994, que la Constitución no se compromete con que los jueces puedan o deban definir «duda razonable».⁴⁵

Resulta más que extraño que un cuerpo tan vasto de opiniones judiciales favorezca una política según la cual se debe decir al jurado que una condena requiere de una creencia en la culpabilidad más allá de toda duda razonable y, no obstante, no se le debe decir lo que BARD significa, ni siquiera cuando el jurado solicite la clarificación del concepto. Las mismas razones explícitas que se han ofrecido para desalentar una definición de BARD rechazan la tesis de que esta noción es en sí misma profundamente confusa. La excusa más común es que BARD es «auto-evidente» o «auto-definible», por lo que no se necesita de mayores comentarios al respecto. Así, el Séptimo Circuito ha dejado públicamente registrada su opinión respecto a que la idea de duda razonable es tan transparente que las definiciones de BARD que, según ellos, «intentan esclarecer lo que ya es de por sí claro», sólo producen confusión.⁴⁶ Pero esto es grotescamente falso. Los jurados con frecuencia *solicitan* a los jueces que les expliquen lo que es una duda razonable. Si

⁴³ *Smith v. Butler*, 696 F. Supp. 748 (1988), p. 765.

⁴⁴ *US v. Reeves*, 114 S. Ct. 2679 (1994).

⁴⁵ *Victor v. Nebraska*, 114 S. Ct. p. 1243 (1980).

⁴⁶ *US v. Lawson*, 507 F.2d 433, 422 (7^o Cir. 1974).

esta noción fuera auto-evidente y auto-definible, lo anterior no ocurriría. Pero, aún más, ya hemos visto que jueces y jurisdicciones diferentes tienen concepciones distintas sobre el significado de BARD. Si los jueces no pueden llegar a un acuerdo entre ellos respecto a lo que esta noción crucial significa, y es claro que no han podido, sugerir que los miembros del jurado, generalmente ignorantes de los tecnicismos jurídicos, tendrán una clase de entendimiento compartido de esta doctrina constituye un acto peligroso de autoengaño (o algo peor).

Por otro lado, contamos con una impresionante cantidad de pruebas directas que muestran que los miembros del jurado suelen estar profundamente confundidos sobre el significado de BARD. En un estudio con aproximadamente seiscientos jurados de Michigan, Geoffrey Kramer y Doorean Koenig descubrieron que un cuarto de ellos creían que «se tiene una duda razonable si uno puede ver *alguna* posibilidad, sin importar cuán tenue sea, de que el acusado sea inocente».⁴⁷ No es sorprendente que más o menos la misma proporción de entrevistados concordara en que «para hallar al acusado culpable más allá de toda duda razonable, debe estarse 100 por 100 seguro de la culpabilidad de aquél». Los tribunales de apelación han rechazado estas interpretaciones en innumerables oportunidades, argumentando que no toda duda es una duda razonable y, también, que los miembros del jurado no necesitan estar absolutamente seguros de la culpabilidad de alguien. Otro estudio con jurados de Florida descubrió que uno de cada cuatro de los entrevistados creía que cuando hay un empate en el valor de las pruebas ofrecidas por la acusación y por la defensa, ¡debía hallarse culpable al acusado! Sólo la mitad sostuvo que el acusado no estaba obligado a ofrecer prueba alguna de su inocencia.⁴⁸ ¿Cómo pueden los jurados aplicar racionamente un estándar a las pruebas disponibles cuando sus miembros tienen tan divergentes interpretaciones de ese estándar y cuando tantos juzgados y tribunales se niegan a explicar lo que significa?

Si los jueces sólo pueden decir al jurado que un veredicto de culpabilidad requiere de BARD, es probable, considerando las cifras anteriormente citadas, que casi cualquier panel del jurado estará conformado por integrantes que pondrán en la mesa interpretaciones inapropiadas de dicho estándar probatorio. En estas circunstancias es insensato negarse a clarificar al jurado lo que BARD significa.

Resulta difícil resistirse a concluir que lo que realmente motivó el creciente rechazo a definir BARD no es tanto la ficción de que su significado es claro para todos. Es, más bien, la preocupación de la judicatura respecto

a que la coexistencia de definiciones conflictivas de BARD —del tipo que seguramente emergerían si los jueces fuesen libres de explicar esta noción al jurado— haría que saliera a la luz pública el hecho de que no puede atribuirse un sentido unívoco a la frase «más allá de toda duda razonable». En vez de admitir este hecho, y de remediarlo de algún modo, muchos juzgados y tribunales —especialmente al nivel federal— parecen estar dispuestos a pasar por alto las divergencias, simulando que no se requiere explicación o clarificación alguna. Un sistema fundado en la idea de que la justicia puede ser garantizada sencillamente haciendo que los jueces digan al jurado «ustedes ya saben lo que significa tener una duda razonable» —acompañando la frase con un guiño en señal de complicidad—, necesita urgentemente ser revisado.

Sin duda hay otro factor que motiva la creciente tendencia a no instruir a los jurados en las sutilezas de BARD. Me refiero al hecho de que si un juez dice al jurado algo acerca de BARD que pudiera contradecir lo que piensa un tribunal de mayor jerarquía y, si el acusado es subsecuentemente condenado y la sentencia es apelada, entonces el veredicto de culpabilidad puede ser revocado. Aparentemente es mejor no decir nada —con lo cual el problema permanece irresuelto, la sentencia condenatoria inamovible y el jurado perplejo—, que decir algo que pueda detonar una apelación exitosa. No es probable que sea revocada una instrucción que nada dice sobre el significado de BARD, mientras que una que tenga algo de contenido bien puede serlo.

En todo caso, cualquiera que sea la combinación precisa de los motivos para desalentar dar explicaciones de BARD, tenemos buenas bases para sospechar que en los juzgados y tribunales contemporáneos de los Estados Unidos no existe un estándar uniforme para determinar cuándo alguien es culpable de un delito. El Noveno Circuito sagazmente notó que:

El término «más allá de toda duda razonable»... puede ser del dominio público en esta nación, pero no existen pruebas fiables... de que esté vigente en el uso común una definición razonable y apropiada o de que esta noción sea bien entendida por los ciudadanos, miembros potenciales de un jurado...⁴⁹

En lo que concierne al estándar de prueba aplicable en materia penal, nuestro sistema de impartición de justicia yace ciego, no en el sentido habitual y sensato de ser imparcial, sino en el sentido más literal de no saber ni lo que hace ni a dónde se dirige. Las ruedas del sistema continúan rodando, los

⁴⁷ Kramer y Koenig, 1990: 414.

⁴⁸ Strawn y Buchanan, 1976: 480-1.

⁴⁹ *US v. Witt*, 648 F.2d 608: 612 (9.º Cir. 1981) (Anderson, J., en un voto particular concurrente).

jurados continúan emitiendo veredictos; sin embargo, la deliberada oscuridad aunada al ofuscamiento que rodean al estándar de prueba necesario para condenar no contribuyen en mucho a inspirarnos confianza en la equidad del sistema.

5. DANDO UN PASO ATRÁS PARA ALEJARNOS DEL ABISMO

Muchos críticos familiarizados con los vericuetos que pueden hallarse en la forma en que los tribunales lidian con la noción de BARD, buscan la solución en el diseño de un nuevo conjunto de instrucciones para el jurado que en un lenguaje claro y sencillo explique a los miembros del jurado lo que significa la idea de una duda razonable. En este punto, debo separarme del camino seguido por mis colegas críticos. Creo que la moraleja de esta sórdida historia es que no puede ofertarse una noción canónica de duda razonable.

El hecho es que desafortunadamente hemos estado esperando que una sola doctrina sea capaz de realizar múltiples tareas. Para empezar, tenemos la expectativa de que la formulación de esta doctrina deje claro a los miembros del jurado que la carga de la prueba en materia penal se impone al Estado, y no al acusado. Luego, hemos empleado la noción de BARD para advertir al jurado que no deben permitir que las dudas exageradas e hiperbólicas se interpongan en la ruta de emitir una condena. La hemos usado también para establecer que los veredictos de culpabilidad en materia penal han de depender de grados de exigencia probatoria más severos que aquéllos asociados a las controversias civiles o a la vida práctica. Asimismo, con esta doctrina hemos pretendido imprimir en las mentes de los miembros del jurado todo lo que está en juego, lo sobria que debe ser la decisión de enviar a una persona a prisión, con la cual obviamente se le priva de su libertad y se mancha su buen nombre. Finalmente, la hemos empleado para garantizar, en lo posible, la uniformidad del estándar de prueba, tratando de asegurarnos de que cada veredicto en el ámbito penal utilice el mismo umbral para condenar. El problema es que en la mayoría de estos objetivos BARD está fracasando.

Es el tiempo de intentar diagnosticar las causas de este fracaso. Probablemente no ha escapado a la atención del lector que casi todas las interpretaciones familiares de BARD (como certeza moral, como una firme y estable convicción, como una creencia en la que uno basaría la toma de decisiones importantes, etcétera) definen la noción bajo examen en términos de cierto estado mental de los miembros del jurado. El o ella deben estar «firmemente convencidos», «casi seguros», «completamente persuadidos», con una «conciencia satisfecha» de la culpabilidad del acusado, si es que

han de votar por una condena. No es ningún accidente que estas variantes se enfoquen en el estado subjetivo de los jurados. En múltiples ocasiones, la Corte Suprema ha subrayado que la manera correcta de caracterizar la presencia o ausencia de una duda razonable es en términos del «estado mental subjetivo» que deben experimentar los miembros del jurado si han de condenar o absolver al acusado.⁵⁰

Esta atención que se presta a los estados mentales es sorprendente. Supongamos que tratamos de enseñar a científicos jóvenes cómo determinar que una teoría es aceptable diciéndoles cuáles deben ser sus estados mentales al aceptar teorías. Tal consejo sería visto como una broma. O tratemos de imaginar a un matemático diciendo que ha demostrado un nuevo teorema y que su prueba consiste en el hecho de que cree sin la menor vacilación en tal teorema. Sus colegas seguramente se habrían paralizado de la sorpresa al escuchar tal cosa, debido a que lo que permite establecer un teorema matemático como tal es lo robustas que son las pruebas en que se basa, no la confianza que en él ha depositado quien asegura haberlo descubierto.

Para poner el punto de una forma más filosófica: podemos darnos cuenta de que en casi todas las áreas de la vida en las que la búsqueda de la verdad está en juego, la aseosoría dada para garantizar que la indagación en cuestión será racional se enfoca en especificar las clase de pruebas o *tests* necesarios para obtener creencias bien fundadas. Tal aseosoría explica, por ejemplo, cuándo la hipótesis respectiva recibe un buen apoyo, o uno pobre, de las pruebas disponibles, o cuándo es apropiado inferir determinada conclusión de ciertas premisas. Sin embargo, durante más de dos siglos, el derecho procesal penal estadounidense asistidamente ha evitado decir algo sobre el tipo de prueba que se requiere para condenar (contrástese esta situación con el derecho canónico, el derecho europeo o con el Talmud, los que, desde hace cientos de años ya, especifican cuánta prueba y qué clase de pruebas se requiere para condenar).

Una de las razones por las que las diversas versiones de BARD que hemos reseñado parecen tan vacías e insatisfactorias es que persisten en no hablar acerca de la estructura de la prueba o sobre el tipo de caso que la acusación debe presentar. En lugar de ello, estas interpretaciones tienen el único objetivo de centrarse en el estado mental de los miembros del jurado. Ciertamente, a cada miembro del jurado se le exhorta a considerar cuidadosamente todas las pruebas y a ponderarlas; no obstante, ese proceso es entendido como una *caja negra*, como algo que sucede a puerta cerrada en la sala de deliberaciones del jurado, como si ese territorio no debiera ser invadido por

⁵⁰ Véase, especialmente, *Jackson v. Virginia*, 443 US 307, 315 (1979); y *In re Winship*, 397 US 358, 364 (1970).

La asesoría de un juez en el sentido de informar a los miembros del jurado cómo sería un caso contundente de culpabilidad. En lugar de ello, el juez simplemente dice al jurado: «Abren su mente a todas las pruebas y después observen si están completamente persuadidos (o firmemente convencidos, etcétera) al final del juicio oral». Esta fórmula no reconoce que la persuasión consiste en un proceso de *razonamiento a partir de las pruebas disponibles*. Precisamente a este respecto — cómo llevar a cabo este razonamiento — los jueces arrojan pocas pistas.

Lo anterior podría excusarse si pudiéramos suponer que todos o la mayoría de los miembros del jurado ya saben cómo llevar a cabo eso que los filósofos llaman *razonamiento ampliativo*, que es precisamente el proceso que conduce de los diversos medios de prueba aportados a una conclusión sobre la culpabilidad del acusado. Si todos tuvieran una predisposición «natural» para realizar inferencias legítimas en relación con cuestiones fácticas (referidas a los hechos) sofisticadas y complejas, en efecto, sería superfluo dar asesoría al respecto. Pero no hay nada de innato en el proceso de razonamiento referido. A los científicos les llevó alrededor de dos milenios descifrar la mejor forma de confirmar sus teorías. De igual forma, la lógica que gobierna las pruebas clínicas de ciertos medicamentos surgió recientemente, en el siglo XX, después de mucho tiempo de usar «medicamentos» con base en la más endeble evidencia empírica. Incluso los abogados han aprendido mucho sobre aquello que distingue una poderosa teoría de la acusación de una débil. Sugiero, y ahondaré en ello en el siguiente capítulo, que el estándar de prueba, o el umbral para condenar, puede definirse mejor en términos de los rasgos o características de la teoría del caso requerida para condenar, y no en términos de los estados mentales internos de los miembros del jurado. Esto es especialmente importante en vista de que dichos estados mentales — si no son guiados por ciertas pautas acerca de la conexión lógica apropiada que debe haber entre las pruebas y el veredicto correspondiente — son propensos a ser infundados, prejuiciosos e irracionales, aun cuando pueden conducir a una creencia firme sobre la culpabilidad del acusado.

Existe una forma diferente de abordar el mismo problema. Cualquiera cosa que **BARD** adicionalmente signifique, esta noción insiste en que los miembros de un jurado no deben condenar al acusado si tienen una duda racional de su culpabilidad. Los criterios subjetivos como los promovidos por los tribunales de apelación se quedan a medio camino. Informan a los miembros del jurado que no deben tener duda alguna. Pero precisamente porque son criterios puramente subjetivos no pueden responder a la cuestión sobre la racionalidad o irracionalidad de la confianza de los jurados en la culpabilidad del acusado. La discriminación relevante, la que distingue entre dudas racionales e irracionales, nunca podrá resolverse si permanceemos centrados exclusivamente en especificar el nivel o grado de convencimiento

de los miembros del jurado. Lo que permite distinguir una duda racional de una irracional es que la primera reacciona ante alguna debilidad en el caso presentado por la acusación, mientras que la segunda no reacciona así.

Recordemos que en un juicio seguido ante jurado los miembros de éste son los «juzgadores de los hechos». Son quienes tienen que determinar si un delito fue cometido y si el acusado en cuestión lo cometió. Generalmente, la acusación presentará una «teoría del caso», es decir, una narrativa de sucesos eventos en los que el acusado participó. Si es sensato, la acusación ofrecerá pruebas testimoniales, documentales y/o materiales para probar cada uno de los componentes clave de su teoría. El objetivo de presentar tales medios de prueba consiste precisamente en corroborar la teoría del caso. Por su parte, aunque no está obligada a ello, la defensa puede presentar una teoría alternativa de los eventos en cuestión. Como mínimo, la defensa buscará puntos débiles o elementos implausibles en la narrativa de la acusación. Esta crítica podría conllevar el cuestionamiento de las pruebas ofrecidas o podría enfocarse en los amplios saltos inferenciales necesarios para concluir la culpabilidad del acusado de las pruebas presentadas.

La tarea del jurado consiste en evaluar la historia o teoría de la acusación y, con base en ella, decidir si dicha historia apunta, sin ambigüedades, en dirección a la culpabilidad del acusado. En el proceso de tomar la decisión referida, los miembros del jurado deben determinar si las pruebas presentadas son lo suficientemente poderosas como para justificar la conclusión de que el acusado es culpable del delito que se le imputa. El asunto principal no es si los miembros del jurado, individualmente y en conjunto, están convencidos por la teoría del caso de la acusación. La cuestión es si las pruebas que han visto y escuchado *deben considerarse convincentes* en términos de cuánto respaldan o corroboran la hipótesis de la acusación sobre la culpabilidad del acusado.

El punto clave que debe quedar claro es que la pregunta «¿cuán fuertemente es apoyada por las pruebas disponibles la tesis de la culpabilidad del acusado?» es acerca de las relaciones entre aseveraciones que describen eventos y no meramente, o no primordialmente, un asunto relativo a los estados subjetivos de los miembros del jurado. La cuestión en un juicio no es si, como algo contingente, los doce integrantes del jurado se sienten totalmente convencidos de la culpabilidad del acusado. En lugar de esto, lo importante *debería ser* responder a la siguiente pregunta: «¿Acaso estas pruebas respaldan fuertemente la teoría de que el acusado es culpable?». O, en otras palabras: «¿Acaso una persona racional y sobria, confrontada con las pruebas disponibles, determinaría que éstas constituyen un caso convincente de culpabilidad?». O mejor aún: «¿Acaso es remotamente posible que una persona genuinamente inocente tenga un conjunto de pruebas obrando

en su contra como las presentadas en este juicio?». Para que los miembros del jurado sean capaces de responder a tales interrogantes, resulta de poca utilidad decirles que deben estar firmemente convencidos o que deben tener una convicción estable acerca de la culpabilidad del acusado. En vez de ello, deberían poder explicarse a sí mismos y entre sí precisamente por qué las pruebas disponibles, sin ambigüedades, apuntan o no en la dirección de la culpabilidad del acusado. Hacer lo anterior requiere que los miembros del jurado tomen toda una serie de decisiones relativas a si las pruebas a su disposición corroboran o no, al grado de suficiencia requerido, cada uno de los componentes clave de la teoría del caso presentada por la acusación.

Lo que no puede quedar tan claro para los miembros del jurado es cómo determinar si las pruebas proporcionan un respaldo fuerte, o sólo uno débil o mediano, a la teoría de la acusación. Por ejemplo, podrían preguntarse «¿acaso es suficiente para condenar la presencia de un solo testigo?», «¿una prueba circunstancial es potencialmente tan poderosa como una prueba testimonial?», «¿ciertas clases de pruebas materiales son más inculpatorias que otras?». Etcétera.

Dadas las exigencias prácticas en que se desenvuelven los procesos penales reales, el juez no está en condiciones de impartir una especie de curso intensivo en inferencias inductivas a cada uno de los miembros que integran el jurado. Sin embargo, pienso que hay algunas cosas que pudieran decirse brevemente que podrían proporcionar al jurado algunos modelos o ejemplos paradigmáticos de lo que constituye un caso poderoso. Armados con estos ejemplos paradigmáticos, los miembros del jurado podrían retirarse a la sala de deliberaciones listos para lidiar con la pregunta acerca de si la teoría de la acusación presenta o no el tipo de rasgos que constituyen una prueba contundente.

He profundizado en el estándar para condenar a alguien de un delito debido a que las ambigüedades que rodean el tema constituyen algunos de los impedimentos más graves para garantizar que el sistema de impartición de justicia actúe tanto con equidad e imparcialidad en su trato a todos los acusados, como de acuerdo con la visión que la sociedad en conjunto tiene sobre cuán severo deseamos que sea el umbral a satisfacerse antes de enviar a alguien a prisión. «Más allá de toda duda razonable» se ha convertido en un mantra, en lugar del estándar de prueba bien definido que alguna vez fue. Desprovisto por entero de su contenido sustantivo mediante una serie de decisiones judiciales bienintencionadas, aunque mal tomadas, actualmente sirve, en el mejor de los casos, como una meta exhortación al jurado a no tomar su encargo a la ligera. Lo que no hace, en su forma actual, es dar a los jurados pistas mínimas acerca de cómo deberían lucir unas pruebas contundentes de culpabilidad.

6. ¿SERÁ SUFICIENTE CONTAR CON UNA NOCIÓN MEJORADA DE MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE?

Supongamos que el problema referido anteriormente podría resolverse mediante una caracterización adecuada del tipo de pruebas y argumentos necesarios para condenar a alguien por la comisión de algún delito. Una instrucción como ésta (haciendo eco de la doctrina de la certeza moral) podría hablar de «líneas argumentativas independientes que conducen todas ellas a la misma conclusión» o, siguiendo las más recientes sugerencias de Ron ALLEN, de «la ausencia de una historia plausible capaz de reconciliar la inocencia del acusado con las pruebas presentadas en un juicio oral»⁵¹. En el siguiente capítulo propondré maneras distintas de definir el estándar de prueba en materia penal. Pero aun asumiendo que una solución como ésta pondría algo de orden en el desastre actual, necesitaríamos preguntarnos si una versión más precisa de BARD, o algo semejante, en efecto serviría a los fines de la justicia penal.

Particularmente quiero preguntar (sin resolver la cuestión en forma definitiva) si tiene sentido utilizar el mismo estándar —ya sea que se trate de BARD o de algún otro— para todo tipo de delitos. En lo que concierne al tema de los estándares de prueba, no estoy convencido de que «todo encaje en el mismo molde.» Para empezar la discusión en torno a esta pregunta he-rética, haremos bien en recordar dos hechos históricos relevantes: a) Cuando BARD comenzó a emplearse de manera generalizada, a todas las fechorías les correspondía el mismo castigo y, b) Ese castigo era la muerte. Tener un sólo estándar de prueba tenía sentido porque los costos de una condena falsa eran los mismos en todos los procesos penales que se instauraban.

Con el abandono de la pena capital como castigo usual que se imponía en las sentencias condenatorias, emergió una política sensata que consistió en variar la severidad del castigo en función de la gravedad del delito. En la actualidad, la idea de que la pena debe ser proporcional al delito se acepta universalmente. Esto debería hacernos pensar dos veces si es adecuado usar BARD de manera uniforme, ello principalmente por dos razones: por un lado, muchos delitos y sus correspondientes penas son tan relativamente menores que el estándar BARD parece exageradamente demandante; por otro lado, incluso tratándose de delitos más graves, el estándar BARD —que no admite grados (ya que se tiene una duda razonable o no se tiene)— parece ser un instrumento demasiado burdo para determinar si el acusado es culpable. A continuación trataré cada una de estas cuestiones:

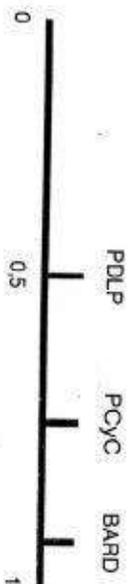
⁵¹ Véase, especialmente, ALLEN, 1993; y ALLEN, 1994.

1. Es sabido que en la actualidad a muchos delitos les corresponde una pena equivalente al pago de una multa. A otros les corresponde un periodo de prueba sin supervisión alguna, la libertad condicional o estancias relativamente cortas en prisión. ¿Acaso los costos de los veredictos condenatorios falsos en esos casos son tan altos que queremos insistir en que se abusara a diez acusados inocentes por cada condena errónea? Nuestras corazonadas sobre los costos relativos de los veredictos erróneos, aunque quizá tan transparentes y claras como un cristal en el caso de la pena capital, comienzan a nublararse cuando volteamos la mirada al caso de penas menos severas. Esta diferencia en nuestras estimaciones de costos abre la puerta a considerar la propuesta de que el estándar para condenar pueda ser, tal y como sucede con las penas, variable en función de la gravedad del delito — en lugar de ser el mismo para toda clase de delitos, desde el homicidio al robo de dulces en una tienda—. Después de todo, a muchos delitos actualmente les corresponden penas o medidas de seguridad menos serias que ser declarado responsable en controversias del ámbito civil, en donde el estándar de prueba aplicable equivale simplemente a mostrar que la pretensión del actor es «más probable que su negación». En el caso de controversias del orden civil, uno puede ser demandado y, quizá, perder los ahorros de toda una vida si se muestra que se es probablemente responsable de los daños y perjuicios causados a un tercero. Uno podría perder la patria potestad, ser ingresado en una institución psiquiátrica e incluso ser privado de la condición de ciudadano. ¿Acaso estas consecuencias son menos graves que estar un año a prueba por haber sido hallado culpable de conducir en estado de ebriedad? Si no lo son, ¿qué sentido tiene utilizar dos estándares probatorios diferentes en estas ramas del derecho?

2. Vale la pena preguntarnos también si estamos usando eficientemente los recursos tanto económicos como de otro tipo, al requerir que el Estado satisfaga el mismo estándar de exigencia probatoria cuando quiere enviar a la cárcel durante un año a alguien que cometió el delito de abuso de confianza, que el requerido para condenar a un asesino en serie. Por supuesto que no tenemos claro cómo construir una escala graduada de estándares para condenar que, a su vez, pueda correlacionarse con una escala sobre la gravedad de los diversos delitos. Esencialmente, el sistema de impartición de justicia estadounidense reconoce sólo tres estándares de prueba: BARD, la preponderancia de las pruebas (en adelante PDL), y pruebas claras y convincentes (en adelante PCYC). Si los tribunales y juzgados estuvieran dispuestos a plantear la cuestión en términos probabilísticos (disposición que, como hemos visto, no existe), podríamos, en principio, imaginar una escala de probabilidades gradada que iría en aumento en función de la gravedad de los delitos, reservando BARD sólo para los más graves.

En vista de que una propuesta como la anterior enfrentaría una oposición feroz — si tomamos en cuenta la aversión de los juzgados y tribunales a pensar en los estándares de prueba en términos de probabilidades — una propuesta más realista quizá podría ser usar el estándar de prueba «intermedio», es decir, PCYC, para el caso de los delitos de menor gravedad.

FIGURA 2.1. ESTÁNDARES DE PRUEBA MÁS COMUNES REPRESENTADOS PROBABILÍSTICAMENTE



Para tener firmemente en mente las diferencias entre estos tres estándares, ayuda representarlos gráficamente, como se muestra en la figura 2.1. Si se desea, podemos explicarnos esta escala en términos probabilísticos; la cual va de cero a uno. Bajo esta interpretación, BARD probablemente se ubicaría en algún punto entre el 0,9 y el 0,95, o incluso en puntos más altos. Por su parte, PCYC se ubicaría cerca del 0,75. Por último, PDL sería todo aquello arriba de 0,5 (y menor a 0,75). Si, como yo, el lector encuentra difícil pensar en los estándares de prueba en términos de las probabilidades que ciertas creencias tienen de ser verdaderas, tal vez se quiera interpretar el esquema como una forma de representar diversos pesos probatorios.

Como muestra el gráfico, al igual que BARD, PCYC es un estándar que puede considerarse favorable a la absolución, pues requiere que el Estado establezca mucho más que la mera probabilidad de que el acusado sea culpable. Sin embargo, este estándar tiene la virtud adicional de ser presumiblemente más inteligible para los miembros del jurado, y más familiar para los jueces, dado que los procesos en materia civil lo emplean frecuentemente. Asimismo, PCYC es totalmente compatible con la presunción de inocencia. Ahora bien, en efecto, la propuesta de emplear el estándar PCYC en delitos de menor gravedad requeriría que la Corte Suprema se retractara de su famosa opinión, vertida en el caso *In re Winship*, de que todos los acusados en materia penal tienen el derecho a ser juzgados con BARD como umbral; aun cuando, como ya hemos visto, existen razones poderosas e independientes para sostener que los constituyentes nunca contemplaron abordar el tema del estándar de prueba aplicable en el ámbito penal, mucho menos especificar a BARD como el apropiado (de hecho, BARD todavía no se incorporaba a la tradición del *common law* cuando la constitución fue adoptada).

7. EL ESCALOFRIANTE EFECTO QUE PRODUCE LA DOCTRINA DE LA PENA CAPITAL EN EL INTENTO DE TENER UNA DISCUSIÓN ABIERTA SOBRE DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA

La historia del derecho procesal penal anglo-americano y la del estándar BARD se encuentran inexorablemente ligadas a la pena capital. Cualquier sugerencia en el sentido de que quizá sea más apropiado contar con un estándar de prueba menos exigente que BARD instantáneamente se topa con la respuesta automática de que cuando se trata de la pena de muerte, la política adecuada no es otra que la implementación del estándar más severo. Sumado a lo anterior y sin argumento alguno, también se considera que sólo debe haber un solo estándar de prueba aplicable en materia penal. En el contexto previo, toda discusión en torno a BARD termina inevitablemente por centrarse, como si de una fijación se tratara, en los casos en que procede la pena capital.

Esto es muy desafortunado, no sólo porque los casos en los que procede esta pena (la de muerte) son extraordinariamente raros. En efecto, la pena capital aún existe en los Estados Unidos; sin embargo, la mayoría de los delitos ya no son castigados con la muerte, salvo la significativa excepción del homicidio⁵². Pero incluso en este ámbito, a la mayoría de los homicidios no les corresponde la pena de muerte. De hecho, entre las modalidades de homicidio en las que procede la aplicación de la pena de muerte, las sentencias que imponen este tipo de castigo son también poco usuales, en virtud de que los fiscales no están obligados a solicitar la imposición de dicha pena y de que los jurados y jueces (estos últimos en el caso de aquellos juicios en donde el propio juez desempeña la función de juzgador de los hechos) frecuentemente prefieren encarcelar al acusado antes que optar por aplicarle la pena por excelencia más drástica. Probablemente las cifras concretas hablen más fuerte de lo que estas generalizaciones pueden hacerlo. Por ejemplo, en 2001, de acuerdo con el *Department of Justice*:

En los Estados Unidos se cometieron alrededor de 16.000 homicidios. Alrededor de 150 condenados recibieron la pena de muerte.

Todos los casos de pena capital se apelan, frecuentemente en tres instancias. En la mayoría de ellos se revoca la sentencia o se ordena un nuevo juicio.

Menos (sustancialmente mucho menos) de 100 homicidas condenados fueron ejecutados.

⁵² En algunos casos, la traición a la patria y el secuestro de aeronaves son considerados delitos capitales.

Si el argumento a favor de la pena capital se basa en que esta política criminal supuestamente contribuye a desincentivar a la población de cometer delitos atroces, no queda nada claro cómo puede desempeñarse eficazmente esta función si el delincuente potencial sabe que la probabilidad de que sufra ese destino (la muerte) es de alrededor de 1 entre 250 y que la pena se aplicará, si es que se hace, antes de una década, o a veces más⁵³. Asimismo, si se es de la opinión de que la pena de muerte constituye la forma apropiada de castigo en el caso de delitos especialmente perturbadores para la sociedad, las cifras bajas relativas a la frecuencia en que esta pena se aplica dejan claro que se administra a cuentagotas. Conclusiones similares parecen seguirse si se consideran los costos económicos que para la sociedad genera el tratamiento que se da a alguien sentenciado a morir, en comparación con los costos del tratamiento que se da al sentenciado a cadena perpetua⁵⁴.

Lo que a nosotros debe interesarnos, al menos en el contexto de la discusión planteada, no es si esta política criminal es moral o no, sino, en general, las maneras en que la existencia de la pena de muerte obstaculiza la averiguación de la verdad sobre los delitos. En particular nos importarán dos cuestiones: una tiene que ver con la curiosa epistemología de los procesos judiciales en casos de pena de muerte; y, la otra, con el impacto probablemente dañino de la pena capital en la clase más amplia de procesos judiciales donde ésta no procede. Abordaré ambas cuestiones en el orden en que a ellas me he referido:

Casi todos comparten la intuición de que hay una enorme diferencia entre condenar a muerte a alguien y condenarle a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional (claro que podría argumentarse que la segunda situación es peor para algunos prisioneros, pero dejemos esta línea a un lado). Desde el punto de vista epistémico, la diferencia principal consiste en la *irreversibilidad* de los efectos de una sentencia de muerte una vez que la pena ha sido aplicada. Si alguien es erróneamente enviado a la cárcel de por vida, siempre queda abierta la posibilidad de que los efectos de la sentencia condenatoria sean suspendidos, por diversas vías (como el indulto o la orden de que se practique un nuevo juicio), siempre que hayan emergido pruebas

⁵³ Éste es más o menos el mismo riesgo de muerte que tiene el automovilista promedio en veinte años de conducción normal. Dado que el lapso de tiempo entre cometer un homicidio y ser ejecutado por ese delito puede ser de 15 años o más, no debemos esperar que la pena capital desincentive más homicidas ejecutados de lo que la expectativa de morir detrás del volante en las próximas dos décadas desincentiva a los ciudadanos ordinarios de conducir automóviles. Véase LAUDAN, 1994: 170.

⁵⁴ «Cuando se toman en cuenta los costos de ejercer las instancias posteriores al juicio oral, la comparación de costos entre casos de pena capital y pena no capital es algo así como de 24 millones de dólares por prisionero ejecutado, en contraste con 1 millón de dólares que cuesta cada recluso que cumple una condena vitalicia sin posibilidad de gozar de libertad condicional». LIEBMAN, 2000: 1865.

exculpatorias adecuadas. En contraste, la ejecución de un sujeto no puede revertirse. En el ámbito jurídico constituye ya un cliché, pero no por ello es menos cierto, que el argumento más poderoso en contra de la pena de muerte es la siempre presente posibilidad de condenar falsamente a alguien.

Considerando la irreversibilidad de las ejecuciones erróneas se ha implementado una maquinaria procesal específica para la revisión de las sentencias que imponen la pena de muerte. Además de la posibilidad de apelar ante un tribunal superior que tienen todos los condenados por la comisión de algún delito, en la mayoría de los estados en donde esta pena está vigente, hay otra instancia a la cual se puede recurrir, conocida como «*post-conviction review*» (revisión posterior a la condena). Para el caso de las sentencias con pena capital que han logrado sobrevivir a las dos instancias revisoras anteriores, todavía existe una tercera posibilidad a nivel federal, a la que se conoce como «*habeas corpus review*» (revisión *habeas corpus*). En cada uno de estos niveles de revisión, los tribunales pueden determinar (y frecuentemente lo hacen) que se cometieron errores lo suficientemente serios como para revocar el veredicto o para ordenar un nuevo juicio. Los estudios recientes sugieren que son revocados dos de cada tres casos de pena de muerte (el 68 por 100) que pasan por este proceso multi-instancial de revisión. De entrada, estas cifras parecen sugerir que la mayoría de los juicios que terminan imponiendo la pena capital están plagados de errores serios; de lo contrario, no serían revocados con tanta frecuencia. Una explicación más plausible (dado que las apelaciones de casos no-capitales no se acercan a la cifra anterior) es que el sistema judicial considera, apropiadamente, que son mucho más altos los costos de un error en los casos en que procede la pena de muerte que los costos que corresponden a los errores en los casos en que esta política no procede, tanto que se otorga todo el beneficio de la duda concebible a quienes son condenados a morir. La propia Corte Suprema ha reconocido que los casos de pena capital exigen una protección epistémica especial:

La diferencia cualitativa entre la muerte y las demás penas requiere de un escrutinio en la misma medida riguroso para la determinación de condenar a muerte.⁵⁵

Ciertos errores cometidos durante el juicio que probablemente no serían considerados tan graves por el tribunal de apelación como para conceder la revocación del fallo en un caso, por ejemplo, de robo a mano armada, se vuelven los asideros cruciales a los que los magistrados se aferran con fuerza cuando revisan casos de pena de muerte; en los cuales desean estar tan seguros como sea humanamente posible de que el acusado cometió el delito en cuestión.

⁵⁵ *California v. Ramos*, 463 US 992: 998-99 (1983).

Este proceso tan meticuloso es extraordinariamente costoso para ambos, la sociedad y el acusado. Las consecuencias epistémicas indirectas de esta situación no son difíciles de descifrar. El sistema de impartición de justicia no tiene recursos económicos ni humanos ilimitados de los cuales echar mano. La enorme inversión de dinero y de tiempo, tanto de jueces como de fiscales, necesaria para dar seguimiento a casos que están a la espera de que se determine lo que pasará con la sentencia de muerte, significa que habrá menos recursos disponibles para la investigación e impartición de justicia para delitos en los que esta pena no procede. La revisión meticulosa de los casos de pena capital aunado a la alta frecuencia en que las sentencias respectivas son revocadas, nos hablan de un sistema que no está seguro de poder identificar y remediar todos los errores graves que podría cometer.

Por supuesto, ningún sistema de impartición de justicia está en condiciones de poder identificar y remediar la totalidad de errores que comete. Sin embargo, a pesar del reciente alboroto resultante de haber descubierto (principalmente mediante el empleo de nuevas técnicas forenses como el caso del análisis de ADN) que algunos convictos que estaban en espera de una determinación sobre su sentencia de muerte eran genuinamente inocentes, probablemente el sistema está funcionando mejor de lo que tendríamos derecho a esperar. De acuerdo con el *Death Penalty Information Center* (Centro de información sobre la pena de muerte), entre 1973 y 2005, alrededor de 119 reos estadounidenses condenados a muerte fueron exonerados⁵⁶. En el mismo periodo, más de seis mil acusados encontrados culpables fueron sentenciados a muerte. Incluso si interpretáramos todas estas «exoneraciones» como condenas falsas (y aclaro que muchas de ellas probablemente no pueden interpretarse de ese modo)⁵⁷, ello sugiere una razón proporcional de condenas falsas contra condenas verdaderas de un poco menos del 2 por 100. Aun si la tasa de errores fuera del doble de lo que parece ser, esto todavía significaría que el sistema acertó el 96 por 100 de las veces al condenar homicidas, lo cual es más de lo que podría esperarse tomando en cuenta la fragilidad del razonamiento humano.

⁵⁶ Para consultar los datos más actualizados sobre cifras de exoneración, véase el sitio web www.deathpenalty.org.

⁵⁷ Obsérvese el siguiente caso como muestra de lo que se considera una «exoneración» o «absolución», de acuerdo con la lista cuasi oficial. En 1981 Robert Cruz es condenado por dos homicidios cometidos en Phoenix en 1980. La condena fue revocada en apelación sobre la base de un tecnicismo. Cruz fue nuevamente juzgado, pero el jurado no pudo llegar a una decisión. Hubo un nuevo juicio más, en el cual el jurado tampoco pudo decidir. Cruz fue condenado en su cuarto juicio. Sin embargo, ese veredicto fue revocado, dado que no hubo hispanos en el jurado. Finalmente, en el quinto proceso, Cruz fue absuelto. Esta sórdida historia de dos condenas, dos juicios nulos y una absolución no constituye una prueba impresionante para sostener que el pobre Cruz sea probablemente inocente (m). [Para mayores detalles, véase: *State v. Cruz*, 857 P2d 1249 (Ariz, 1993)].

Claro está que nos gustaría que el sistema funcionase todavía mejor pero, en lo concerniente a los asuntos humanos, el desempeño referido es tan bueno como el que se esperaría. Aferrarse a la idea de que los errores pueden reducirse sin limitación alguna no es más que un juego de tontos. O reconocemos que estamos preparados para tolerar un margen realista de errores en los casos de pena de muerte o eliminamos la pena capital del panorama. La actual farsa de que identificaremos y remediaremos todos los errores en los casos de pena capital simplemente haciendo que pasen por todos los filtros de revisión descritos debería avergonzar a quienes respaldan esta idea.

Dado que el estándar de prueba en materia penal, BARD, surgió en una época en que los acusados declarados culpables enfrentaban la pena de muerte, dicho estándar era, adecuadamente, muy severo. Ahora bien, debido a que los tribunales estadounidenses, al menos en principio, aún pueden aplicar la pena capital y dado que esta situación alimenta el estereotipo popular sobre los riesgos que encaran los delincuentes (a pesar de su muy poca frecuencia), es difícil hallar un auditorio dispuesto a escuchar la idea de que el estándar de prueba podría estar menos inclinado a favorecer al acusado. Si de la noche a la mañana se eliminara la pena de muerte, al menos uno de los argumentos poderosos en contra de la recalibración de BARD se habría desvanecido. Estando ausente la pena capital, sospecho que el debate en torno a cómo debemos calcular los costos de los errores judiciales cambiaría su configuración enteramente.

Hay una faceta más relacionada con los efectos epistemológicos de la existencia de la pena capital que vale la pena mencionar. Cuando alguien enfrenta un juicio en el que el Estado solicita la pena de muerte, en la mayoría de las jurisdicciones, a la acusación se le permite preguntar a los jurados potenciales si estarían dispuestos a dictar la pena capital en caso de que las pruebas apunten poderosamente a la culpabilidad del acusado. Quienes responden negativamente a esta interrogante son excluidos, de modo que no pueden servir como miembros del jurado⁵⁸. Lo anterior significa, inevitablemente, que ningún integrante del jurado en un caso de pena de muerte tiene objeciones morales arrolladoras respecto de la pena capital. No obstante, el hecho es que nuestra sociedad se encuentra profundamente dividida acerca de este asunto. Si, en efecto, una proporción considerable de miembros potenciales del jurado es excluida con base en las prerrogativas que al respecto puede ejercer el fiscal, esto hace que surjan dudas acerca de cuán representativos del sentir de la comunidad son realmente los jurados que se instauran en los casos de pena capital.

⁵⁸ Existe una discusión excelente acerca de las consecuencias epistémicas de la regla que se utiliza para excluir miembros potenciales del jurado que tengan graves inconvenientes u objeciones a la pena de muerte en: LILLQUIST, 2005.

Más aún, los simpatizantes de la pena capital tienen más probabilidad de estar en esa clase de integrantes del jurado a la que nos referimos con anterioridad, y no la del tipo empático con el acusado. En la medida que esto sea así, posiblemente hay más probabilidades que esta clase de integrantes declare culpable al acusado que las que habría si el proceso de selección del jurado fuera al azar. En este sentido, las posibilidades que tienen los acusados de ser absueltos son menores a las que habría con un jurado seleccionado ciegamente. Esto es un genuino acertijo. Es fácil ver por qué debe permitírsele a la acusación que excluya del jurado a aquellos que tienen objeciones de principio contra la pena de muerte que está siendo solicitada por el estado. Del mismo modo, no se requiere de una potente imaginación para entender por qué un acusado podría temer que un jurado compuesto totalmente por sujetos que no sienten incomodidad alguna con la pena capital le otorgue algo menos que una oportunidad imparcial de ser escuchado.

La existencia de la pena de muerte así como las garantías establecidas para evitar sentencias condenatorias erróneas en este ámbito, ensombrece epistemológicamente todo el derecho procesal penal. La eliminación de esta política criminal contribuiría poderosamente al surgimiento de un ambiente en el que podría tener lugar una discusión razonablemente desapasionada sobre los costos relativos de las diferentes clases de errores y, también, una discusión racional sobre la posibilidad de contar con estándares de prueba diferentes para los distintos tipos de delitos.

8. CONCLUSIONES

Se requiere urgentemente una clarificación del significado del estándar de prueba penal. En el sistema de justicia estadounidense abundan múltiples versiones de BARD que son confusas y que entran en conflicto entre sí. Simular que el problema no existe porque BARD es, supuestamente, una noción que se explica sola es algo de lo que los juzgados y tribunales deberían estar avergonzados de haber fomentado. Sin embargo, se necesita algo más que una definición clara de BARD. La obsesión consistente en definir BARD centrándose en los estados mentales subjetivos de los miembros del jurado que ha prevalecido durante un siglo y medio, debería abandonarse para dar paso a definiciones y ejemplificaciones de BARD centradas en el tipo de pruebas necesarias para hacer que una persona racional esté razonablemente segura de la culpabilidad de alguien. Tanto jurados como jueces necesitan comprender los rasgos lógicos y epistémicos que deben estar presentes en la teoría del caso presentada por la acusación si es que la emisión de una condena ha de estar justificada. Mientras que las definiciones de BARD no se enfoquen principalmente en lo robustas que han de ser las pruebas y permanezcan obsesionadas

exclusivamente con la intensidad de las creencias de los miembros del jurado, BARD seguirá estando a merced de la devastadora crítica de que confunde la fuerza o intensidad de una creencia (que puede ser totalmente irracional) con que la creencia en cuestión esté justificada. Un ofuscamiento semejante se produce por la falta de voluntad de los juzgados y tribunales para insistir en que el jurado ha de estar en condiciones de ofrecer razones (al menos entre ellos y a sí mismos) para fundamentar las dudas que pudieran tener acerca de la culpabilidad del acusado. Como hemos visto, una duda que no es susceptible de articularse o, incluso, una que no se articula, no puede aspirar a ser una duda racionalmente fundada. Sin embargo, en la práctica es común que se absuelva con base precisamente en tales preocupaciones o titubeos inexpresables. Aún en épocas bastante recientes, 2002, el Segundo Circuito federal todavía insistió en que «algunas dudas pueden ser razonables, aunque no puedan articularse»³⁹. Esta forma confusa de pensar no constituye un buen augurio de que la judicatura vaya a limpiar su propio desastre pues, evidentemente, ni siquiera considera que haya algún problema.

Las investigaciones históricas muestran que BARD es una noción introducida en los albores del siglo XIX a los efectos de propiciar que los miembros del jurado distinguieran entre dudas triviales, elusivas y mal fundadas, que no deberían impedir una condena y las dudas razonables, que sí deberían impedir la. Las prácticas actualmente instauradas hacen que sea casi imposible que los jueces digan a los jurados algo significativo acerca de cómo hacer esta distinción crucial. Sin ella, la duda razonable se reduce simplemente a la duda *per se* y, dado que puede dudarse de cualquier afirmación referida a eventos contingentes si así nos lo proponemos, las instrucciones que actualmente se dan al jurado equivalen a exigir la certeza absoluta para poder condenar. La profunda lección que la Ilustración nos dejó respecto a que toda creencia sobre cosas y asuntos contingentes está abierta a la duda del escéptico, una lección que supuestamente BARD pretendía incorporar, se ha perdido en la bruma.

El error sistemático de no referirse a la estructura de las pruebas requeridas para condenar, las cuales han de ser presentadas por la acusación, dan la bienvenida tanto a condenas como a absoluciones inválidas. Centrarse en los grados de confianza que los jurados pueden experimentar en torno a la culpabilidad del acusado no aporta nada al proyecto de promocionar la emisión de veredictos válidos, al mismo tiempo que no proporciona asesoría alguna a los miembros del jurado en sus intentos de distinguir las dudas razonables de las dudas irrazonables. En ausencia de alguna forma de intervención quirúrgica radical, a BARD le ha llegado su hora.

³⁹ *Fluellen v. Walker*, 41 Fed. Appx. 497; 502 (2002).

CAPÍTULO III EL ESTABLECIMIENTO DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA

«Es mucho más prudente absolver a dos personas que sean culpables que dictar una sentencia condenatoria a una persona virtuosa e inocente».

VOLTAIRE (1746-1767)

«Es mejor que cinco personas culpables escapen del castigo a que una persona (inocente) deba morir».

Sir Mathew HALE (1716)

«Es mejor que diez personas culpables se libren del castigo a que un inocente lo sufra».

William BLACKSTONE (siglo XVIII: 358)

«Debo preferir, sin duda, que veinte personas culpables se libren de la pena de muerte por misericordia a que un inocente sea injustamente condenado».

John FORTESCUE (1471: 65)

«Es mejor que cien personas culpables se libren que una persona inocente sufra».

Benjamin FRANKLIN (1785: 13)

«Es mejor... absolver a mil personas culpables que condenar a muerte a un solo inocente».

Moses MAIMONIDES (siglo XII: 270)

En el capítulo anterior sostuve básicamente que el estándar de prueba aplicable en materia penal (en adelante, EdP) en los Estados Unidos es un desastre. No es sólo que las definiciones propuestas sean deficientes, sino que la determinación de su severidad o grado de exigencia es escandalosamente arbitraria. Uno se siente movido a preguntar ¿por qué debe ubicarse al nivel de BARD — claro, asumiendo que sabemos lo que significa esta noción — en lugar de un nivel más alto o más bajo? Como también vimos en el capítulo precedente, la Corte Suprema sostuvo en *Winship* que el principio del debido proceso exige, nada más ni nada menos, la implementación de BARD. Pero esto es una locura. Lo que el debido proceso implica (entendido como equidad e imparcialidad y como el derecho a no ser objeto de demandas o restricciones caprichosas e irracionales) es que el mismo EdP — cualquiera que éste sea — sea aplicado en todos los casos semejantes. Ni la constitución en general ni el debido proceso en particular sugieren nada para concretar cuál sería un estándar de prueba justo e imparcial. Incluso si pudiera argumentarse que el debido proceso exige la implementación de un estándar más amigable con el acusado que el estándar de la preponderancia de las pruebas, en ese caso el estándar PCyC (pruebas claras y convincentes) parecería satisfacer este requerimiento constitucional tan bien como lo hace BARD. De modo que encaramos dos problemas interrelacionados: ¿existe una forma más apropiada que BARD para caracterizar el estándar de prueba apropiado en materia penal? Y ¿cómo podríamos identificar un nivel o grado de exigencia no arbitrario para ese estándar que no fuera simplemente sacado de la chistera?

Es tiempo de preguntarse qué es lo que la epistemología puede hacer, si es que algo puede hacer, para ayudarnos a resolver esta situación. La respuesta es que la epistemología puede ayudar mucho, tal y como se argumentará en este capítulo. Sugeriré especialmente: *a)* Que existe una forma no arbitraria de determinar la severidad del EdP; *b)* Que un estándar fijado de la forma anterior incorporará todo el beneficio de la duda que consideramos apropiado otorgar al acusado; *c)* Que este estándar garantizará a largo plazo que no se condenen más acusados inocentes de lo que consideramos aceptable, y *d)* Que este estándar, al contrario de lo que ocurre con BARD, sí puede plantearse en términos objetivos.

1. EL BENEFICIO DE LA DUDA Y EL ESTÁNDAR DE PRUEBA

Comencemos por tener claro lo que en términos generales significa un estándar de prueba y cómo funciona. Básicamente, ya sea en el derecho o en cualquier otra rama de la actividad humana, un EdP especifica el umbral mínimo que ha de ser satisfecho a los efectos de aseverar que una hipótesis ha

sido probada. La hipótesis en cuestión puede ser una de carácter científico (fumar produce cáncer de pulmón) o una de carácter jurídico (Smith mató a Jones). El nivel de exigencia o severidad del EdP no baja del cielo, ni está de modo alguno implícito en la naturaleza del concepto de estándar de prueba. Más bien, su exigencia refleja una decisión colectiva por parte de la sociedad para ubicar el umbral referido en un punto y no en otro. Esa decisión puede ser caprichosa o puede ser bien meditada. La pregunta práctica es, claro, cuán demandante o exigente queremos que sea nuestro estándar, cuya respuesta requiere que contemos con algunos principios y bases para determinar que el umbral se ubicará *aquí* en lugar de *allá*. La respuesta apropiada variará de un contexto a otro. En materia civil, por ejemplo, se considera que una hipótesis supera el estándar si tiene una probabilidad mayor del 50 por 100 o, como se suele expresar, «que la hipótesis sea más probable que su negación». Cuando se ponen a prueba hipótesis científicas o médicas el umbral suele ubicarse en 95 por 100 (aunque a veces en 90 por 100 o hasta en 99 por 100).

Empecemos con una pregunta obvia: ¿por qué habríamos de establecer el umbral en un punto mayor al de la preponderancia de las pruebas (50+ por 100)? Después de todo, si una hipótesis tiene más de la mitad de probabilidades, el proverbial hombre razonable debería aceptarla como una hipótesis probablemente verdadera. La respuesta es que establecemos el umbral más allá del punto medio sólo cuando creemos que una de las clases de error que pueden cometerse es más costosa — por lo que nos interesa que se evite con mayor asiduidad — que la otra. Probablemente los investigadores clínicos consideren que certificar que el consumo de cierto medicamento es seguro cuando no lo es, es más peligroso que negar que consumirlo es seguro cuando sí lo es. De modo que no aprueban dicho medicamento a menos que supere una serie de pruebas clínicas que permitan establecer con una seguridad de alrededor de 95 por 100 que su consumo es seguro. En el contexto del derecho procesal penal, cuando establecemos el umbral de prueba en un punto mayor (o más alto) al de la preponderancia de las pruebas, estamos diciendo con ello que tratamos de otorgar al acusado el *beneficio de la duda* (en adelante BbD), puesto que pensamos que condenar erróneamente al inocente es peor que absolver erróneamente al culpable. En este sentido, si después de haber observado y escuchado todas las pruebas en un juicio oral, el jurado piensa que el acusado es probablemente culpable pero, pese a ello, considera que algunos de los elementos del caso de la acusación no son del todo convincentes, entonces está obligado a darle el beneficio de la duda al acusado y, por tanto, a absolverlo. Estableciendo el EdP a una altura significativamente mayor que el estándar de la preponderancia de las pruebas es como logramos lo anterior. Es crucial comprender la lógica de la interacción entre el BbD y el EdP: conceder al acusado el beneficio de la

duda *no* es algo que se haga además y por encima de especificar la severidad del umbral probatorio. Es el EdP el que incorpora la dosis de beneficio de la duda que consideremos apropiada. Repito: la forma en la que concedemos al acusado el BbD es mediante la adopción de un EdP que se ubique en un punto significativamente mayor a 0,5. Esto implica que la pregunta de cuán severo queremos que sea nuestro EdP es simplemente otra manera de preguntar cuánto BbD queremos otorgarle al acusado. Mientras más BbD queramos concederle, más severo tendrá que ser el EdP.

Algunos autores, especialmente provenientes del derecho romano-germánico, tradicionalmente han sostenido que el acusado tiene derecho a *todo* el BbD posible. Si meditamos detenidamente esa propuesta, tendríamos que concluir que el umbral probatorio debe fijarse en 1,0 (o 100 por 100), con lo que se está exigiendo que se excluyan todas las dudas posibles. Esto no puede tomarse en serio. Para empezar, esta propuesta sugiere que podemos estar absolutamente seguros de nuestras creencias sobre eventos ocurridos en el pasado (que implican un conocimiento indirecto). La cuestión es que hace más de dos siglos que los filósofos empiristas socavaron esa posibilidad. Como mostraron, siempre hay espacio para que alguna duda se cuele en cualquier proceso penal, tal y como sucede en casi cualquier aserción sobre hechos pasados. Quizá los testigos clave de la acusación estaban mintiendo; quizá la policía sembró pruebas inculpatorias en la escena del delito; tal vez una aparente confesión voluntaria era falsa. Si uno es de la opinión de que se debe dar crédito a cualquier clase de duda posible, entonces se vuelve imposible el razonamiento inductivo para llegar a una conclusión sobre la culpabilidad de alguien. Esta propuesta de conceder al acusado *todo* el BbD implica claramente que cuando surja cualquier tipo de duda, entonces es necesaria una absolución. Esto sería sumamente inadecuado. Debemos ser más estrictos al especificar la clase de duda que beneficiará al acusado. Como se vio en el capítulo II, ésta es una lección que la Corte Suprema estadounidense se negaba a aprender en sus primeras decisiones sobre BARD, sugiriendo que, para poder condenar al acusado, el jurado necesitaba estar virtualmente seguro de su culpabilidad.

Por ello sabemos que, aun sin contar con una definición precisa del EdP aplicable en el *common law*, éste debe ser menor a 1,0, dado que incluso las dudas irracionales indican algo de incertidumbre residual. Según dicen los tribunales en nuestro sistema, los acusados no tienen derecho a beneficiarse de dudas irracionales, claro, asumiendo que son capaces de explicarnos qué es una duda irracional y están dispuestos a ello. Pero nuestra pregunta persiste: ¿a cuánto BbD tiene derecho el acusado? Habiendo decidido que estamos en condiciones de establecer el grado de severidad de nuestro EdP una vez que sabemos cuánto BbD está dispuesta la sociedad a concederle al acusado, parece que nos enfrentamos a un problema nuevo, no menos

inescrutable que el propio EdP: determinar la dosis o grado de BbD a la que puede aspirar apropiadamente el acusado.

2. LA RAZÓN PROPORCIONAL *N*, EL ESTÁNDAR DE PRUEBA Y EL BENEFICIO DE LA DUDA

Para estar en condiciones de precisar la dosis apropiada de beneficio de la duda que merece un acusado y el grado de exigencia del EdP, necesitamos esclarecer algunos aspectos lógicos de *cualquier* EdP, ya sea que se emplee en el derecho o fuera de él. Para empezar, considérese la Figura 3.1¹. En el eje horizontal tenemos una escala que representa las estimaciones de culpabilidad probable que realiza un jurado (o un juez, cuando le corresponde desempeñarse como juzgador de los hechos). En el eje vertical representamos la frecuencia con que se presentan los casos que exhiben el correspondiente valor de probabilidad; en otras palabras, este eje representa cuán frecuentemente aparece en una distribución dada un acusado con alguno de los diversos valores de probabilidad representados, en orden creciente, en el eje horizontal. La curva en sí misma es una representación de todas las personas genuinamente inocentes cuyo caso ha llegado a la etapa del juicio, distribuidas en la población en función de su culpabilidad aparente, una vez que fueron consideradas y ponderadas todas las pruebas². Como indica el lugar en el que se ubica el punto más alto de la curva, la mayoría de las personas representadas en la gráfica exhibirán un valor de probabilidad respecto a su culpabilidad aparente menor a 0,5. Es decir, por su culpabilidad aparente (expresada en términos probabilísticos) a la luz de las pruebas presentadas en juicio, será poco probable que sean declarados culpables. Sin embargo, en la cola derecha de la curva, vemos que una pequeña fracción de aquellos que son genuinamente inocentes tendrán una aparente probabilidad significativamente mayor a 0,5 de ser culpables. Parecen culpables (de acuerdo con las pruebas disponibles y la valoración que de ellas hace el juzgador de los hechos) aunque, de hecho, sean inocentes. Supóngase ahora que dibu-

¹ El uso del tipo de diagramas que seguirán proviene originalmente de una serie de aplicaciones técnicas al campo del derecho de la teoría de la detección de señales. Estas aplicaciones comenzaron, a mi entender, con BELL, 1987. Otras contribuciones notables a esta literatura son: DeKAY, 1996, y LILLQUIST, 2002. Sin embargo, ninguno de estos autores considera la hipótesis que se explora en este trabajo, a saber: que el estándar de prueba es una medida del beneficio de la duda conferido al acusado.

² La forma precisa de la curva no es importante para nuestros propósitos: su pico puede ser más alto, sus colas más pequeñas, su dispersión puede ser menor, su posición específica a lo largo del eje de las X puede ser diferente al de la representación en cuestión. Incluso, la distribución puede no ser «normal». Todo lo que dire será aplicable a *toda* la familia de curvas que pudieran representar la distribución de la culpabilidad aparente entre acusados genuinamente inocentes.

jamos una línea vertical justo al lado derecho de 0,5. Esta línea representa el EdP en materia civil (es decir, que la hipótesis sea más probable que su negación). Si este estándar se usara en un juicio penal, tenemos toda la razón en esperar que muchas personas genuinamente inocentes sean condenadas, en vista de que su culpabilidad aparente, tomando como punto de referencia este estándar civil, las coloca en un mal lugar. Estos casos corresponden a las condenas falsas. Obviamente, si queremos reducir la frecuencia de las condenas falsas, podemos deslizar la línea vertical del EdP civil a la derecha, hacia un estándar más exigente. Si lo demás permanece igual, cuanto más lejos hacia la derecha deslicemos el estándar, cada vez se vuelve menos probable que vayamos a condenar a alguien que es genuinamente inocente.

Podemos crear un diagrama similar para los verdaderamente culpables. Como muestra la Figura 3.2, tenemos toda la razón en esperar que su culpabilidad aparente se ubique preponderantemente hacia la derecha de 0,5, aunque, en efecto, muchos de ellos exhibirán una culpabilidad aparente menor al punto en que se ubica el estándar civil. Si usáramos este estándar (el civil), estaríamos absolviendo erróneamente una pequeña fracción de los genuinamente culpables (claro, asumiendo que la culpabilidad aparente se distribuye de la forma plasmada en el diagrama). Pero, si en este caso hacemos lo mismo que con el diagrama anterior —es decir, si imaginamos deslizar la línea del estándar cada vez más hacia la derecha (a efecto de reducir el número de condenas falsas)— estaremos incrementando dramáticamente la probabilidad de que se produzcan absoluciones falsas. De hecho, si ubicamos la línea que representa nuestro EdP en algún punto cercano a 0,9, quizá terminemos exonerando a más acusados genuinamente culpables de los que estamos condenando.

Sin embargo, las cosas no son ni de cerca tan simples como parece que he venido sugiriendo. Esto es debido a que la determinación real del grado de severidad del EdP depende de que sepamos más de lo que ahora sabemos sobre las dos curvas comentadas (las cuales corresponden a la forma en que se distribuye la culpabilidad aparente entre la población de los genuinamente culpables y de los genuinamente inocentes). Al presentar los diagramas previos, mi intención no ha sido determinar de una vez por todas el grado de exigencia de nuestro EdP, sino sólo proporcionar al lector una idea más vívida de las relaciones que existen entre determinar la severidad de nuestro estándar y el impacto de esto en la distribución de las clases de error más comunes (condenas falsas y absoluciones falsas).

Si los dos diagramas estuvieran superpuestos, como se muestra en la Figura 3.3, comenzaríamos a observar algunas interrelaciones importantes entre las dos clases de error. Suponiendo que en procesos penales reales la culpabilidad aparente entre las dos poblaciones (la de los genuinamente

FIGURA 3.1. MUESTRA DE LA DISTRIBUCIÓN DE CONDENAS ENTRE INOCENTES

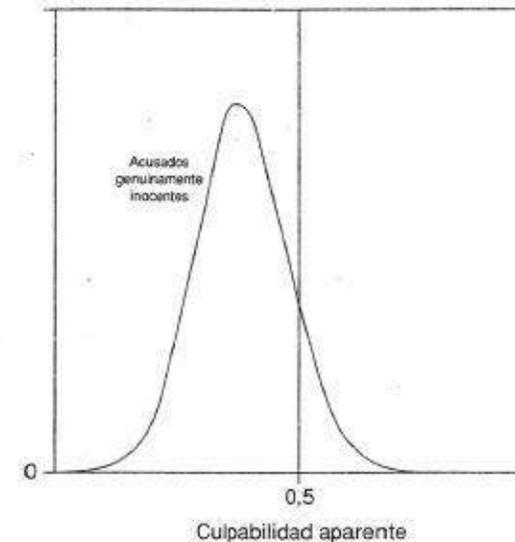


FIGURA 3.2. MUESTRA DE LA DISTRIBUCIÓN DE CONDENAS ENTRE CULPABLES

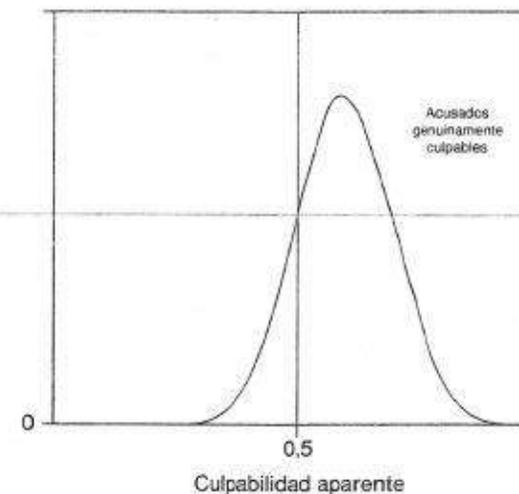
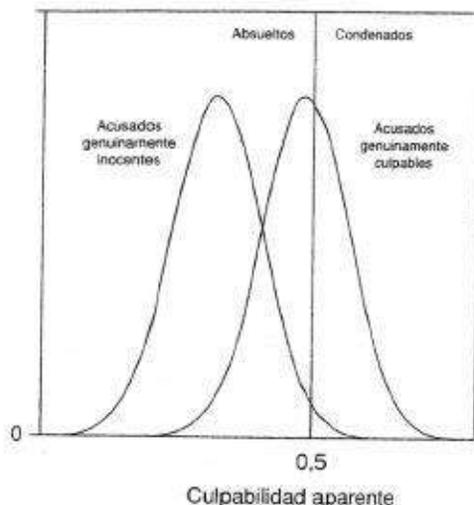


FIGURA 3.3. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA Y DISTRIBUCIÓN DEL ERROR



culpables y la de los genuinamente inocentes) se distribuyera de la forma en que aquí se ha representado, puede verse que con cada incremento del EdP por encima del 0,5, estamos haciendo dos cosas: reduciendo la frecuencia de las condenas falsas pero *también* aumentando el número de absoluciones falsas. Como ha dicho Michael DeKAY (1996: 97): «Estándares de prueba más altos conducen a más absoluciones erróneas y a menos condenas erróneas, si todo lo demás permanece igual».

La moraleja de esto es que un estándar de prueba es mejor concebido como un mecanismo para la distribución de los errores. Esto sugiere que si de algún modo pudiéramos descifrar los costos relativos que la comisión de condenas falsas y de absoluciones falsas representa para la sociedad, quizá pudiéramos utilizar la razón proporcional de dichos costos como un mecanismo para determinar la severidad de nuestro EdP. Con tal objetivo en mente, definamos n como la razón proporcional socialmente aceptada de absoluciones falsas contra condenas falsas. En este punto surgen inmediatamente dos preguntas: ¿tenemos razones para creer que podrá alcanzarse algún tipo de consenso en torno al valor de n (tomando en cuenta el poco o nulo consenso que hay al respecto en los autores citados en el epígrafe de este capítulo)? Y, si tal consenso pudiera alcanzarse, ¿sería suficiente con ello para establecer el grado apropiado de exigencia de un EdP?

2.1. Los costos relativos de las absoluciones falsas y de las condenas falsas

Existen bases suficientes para fundamentar la sospecha de que las condenas falsas son mucho más costosas que las absoluciones falsas. El costo principal de una absolución falsa es que un delincuente genuinamente culpable eluda el castigo correspondiente y quede libre, quizá para cometer otros delitos. En ese sentido, no se ha hecho justicia. La víctima del delito en cuestión no ha cerrado adecuadamente la experiencia traumática de haber sido victimizada e, incluso, es probable que termine resentida contra el sistema que le falló. Por otro lado, el mensaje que se envía a otros delincuentes potenciales es que quizá también ellos puedan evitar ser perseguidos y castigados por los delitos que pudieran perpetrar. De hecho, presumiblemente los índices de criminalidad podrían aumentar si se observa que las absoluciones falsas son un fenómeno frecuente. Tales costos no son triviales; sin embargo, hay costos similares en el caso de las condenas falsas. En estos casos, ni siquiera se aprehende al verdadero delincuente y menos aún es llevado a prisión. Aquellos con inclinaciones delictivas que conozcan la identidad del verdadero criminal, concluirán que ellos también pueden cometer delitos y salirse con la suya. Hasta aquí, parece que los costos de ambas clases de error son equivalentes (salvo por la sensación artificial de clausura o cierre que experimenta la víctima en el caso de una condena falsa). No obstante, las condenas falsas acarrearán costos aún mayores, como la mancha permanente en el buen nombre de la persona inocente que es erróneamente condenada, la privación de su libertad por el tiempo que dure el encarcelamiento, así como la pérdida de ciertos beneficios importantes asociados a su estatus de ciudadano (por ejemplo, en ocasiones, el derecho a votar). Esos costos son claramente más grandes que los relacionados con las absoluciones falsas. Por esta razón, queremos que sea más difícil condenar a un inocente que absolver a alguien genuinamente culpable.

Habiendo dicho lo anterior, no quiero dar la impresión de que las absoluciones falsas no son más que un inconveniente menor. De hecho, una de las tesis principales de este libro es que, dado como funcionan actualmente las cosas, el sistema de impartición de justicia de los Estados Unidos permite, e incluso fomenta, la producción de más absoluciones falsas de las necesarias o deseables. Su sola ocurrencia muestra que el sistema está fallando en su desempeño como dispositivo diseñado para averiguar la verdad y para asegurar que aquellos que cometen delitos paguen por sus fechorías. Como hace mucho tiempo dijo Kemp ALLEN (1931: 286-7):

Nunca debemos olvidar... que la absolución de diez personas culpables es un error del sistema, que es exactamente diez veces más grande e injusto que la condena de una persona inocente.

Puede haber quienes, teniendo en mente que la mayoría de los casos que llegan a la etapa del juicio culminan con una condena, piensen que no debemos exagerar las proporciones del problema de las absoluciones falsas. Eso es un buen consejo. Para apreciarlo, quizá sean de ayuda algunas cifras: cada año, en los juicios penales a nivel estatal y federal en los Estados Unidos se producen alrededor de 14.000 absoluciones. En adición a lo anterior, a 300.000 acusados les son retirados los cargos por parte del juez, del Gran Jurado o de la acusación. Desde una primera aproximación, las estadísticas sugieren que alrededor de la mitad de todos aquellos que son inicialmente arrestados por la comisión de un delito, salen relativamente bien librados, pues son puestos en libertad y, obviamente, no se les castiga³. Incluso si sólo una proporción modesta de estos sospechosos y acusados son culpables (y quizá la proporción no sea tan pequeña dada la inclinación del estándar de prueba a favorecer la emisión de absoluciones falsas), estamos hablando de decenas, quizá centenares de miles de acusados y sospechosos culpables que anualmente ganan al sistema⁴. Una cosa sería, y ello es deseable, que aquellos a quienes les son retirados los cargos antes de alcanzar la etapa del juicio oral fueran genuinamente inocentes. Sin embargo, Floyd FEENEY y otros han informado sobre resultados de investigaciones empíricas que muestran que «la policía y la fiscalía piensan que la mayoría de los sospechosos que son arrestados pero no condenados, son culpables»⁵. En efecto, puede ser el caso que la policía esté equivocada al pensar esto, pero, por las razones a las que nos referiremos después, lo dudo.

Ahora bien, tomando en cuenta datos de otra índole, en su ya clásico estudio sobre jueces y jurados realizado en la década de 1960, Harry KALVEN y Hans ZEISEL (1966: 68) informan que, según los jueces entrevistados, los jurados absuelven erróneamente en el 20 por 100 de las veces y condenan erróneamente en el 3 por 100⁶. Otro estudio realizado con jueces y abogados penalistas informa de que éstos consideran que en los casos que reciben una sentencia condenatoria el 0,5 por 100 se trata de condenas falsas⁷. Aunque, en efecto, la anterior constituye sólo evidencia anecdótica, sugiere

³ KAMISAR *et al.*, 1994: 25.

⁴ Estas cifras provienen de LEIPOLD, 2000.

⁵ FEENEY *et al.*, 1983.

⁶ Es esencial comprender lo que «absoluciones falsas» y «condenas falsas» significan en el estudio comentado. Lo que KALVEN y ZEISEL encontraron, no fue que dos de cada diez absoluciones correspondían a personas que fueran culpables, sino que dos de cada diez absoluciones, en la opinión de los jueces, ameritaban una condena justificada; o sea, que esas dos absoluciones tenían todo para satisfacer el EdP en materia penal. Dado que dicho estándar es bastante severo, tenemos buenas razones para esperar que las absoluciones falsas, del modo en que venimos empleando la expresión —es decir, la absolución de acusados genuinamente culpables— ocurran con mucha mayor frecuencia de lo que la cifra del 20 por 100 podría implicar.

⁷ HUFF *et al.*, 1996. HUFF y sus colegas también descubrieron que más del 70 por 100 de los funcionarios que entrevistaron creían que menos del 1 por 100 de todos los casos correspondía a condenas falsas. Véase HUFF *et al.*, 1986.

(si los jueces están en lo correcto) el impresionante dato de que se produce un veredicto inválido en una de cada cinco absoluciones. Vale la pena mencionar también que, de acuerdo con las estimaciones de los jueces del primer estudio citado, el valor de n en los casos que van a juicio es de 7:1. De hecho, puede ser que este valor se quede corto en virtud de que, como he mencionado, la razón proporcional estimada por los jueces no corresponde a la categoría «absoluciones falsas contra condenas falsas», sino a la categoría «absoluciones inválidas contra condenas inválidas».

Pese a las anteriores cifras, algunos académicos todavía se inclinan por pensar que la comisión de absoluciones falsas es muy poco frecuente. Su razonamiento es que la gran mayoría de los acusados claramente culpables optará por aceptar un trato con la fiscalía declarándose, por tanto, culpables, en lugar de afrontar un juicio en su contra que bien podría concluir con una sentencia más severa. Esto significa, de acuerdo con estos académicos, que la mayoría de quienes optan por enfrentar un juicio, en lugar de pactar con el fiscal, son probablemente inocentes. En este sentido, Donald DRIPPS (1999: 646) sostiene:

Sin embargo, si recordamos que la mayoría de las condenas son resultado de los tratos que los acusados hacen con la fiscalía, podemos evidenciar que el verdadero problema en el sistema no está en la etapa del juicio, sino en la fase previa a éste. Una vez que queda claro que el Estado tiene un caso contundente, muchos de los genuinamente culpables aceptan los tratos propuestos por el fiscal. Por su parte, esta tendencia sugiere que los casos que llegan a la etapa del juicio oral no acarrearán un gran riesgo de que se produzcan muchas absoluciones falsas; de lo contrario, muchos más acusados genuinamente culpables no aceptarían el trato respectivo e irían a juicio.

Esto es lo que sabemos: más o menos un tercio de quienes van a juicio son absueltos. Supongamos que alguien que opta por ir a juicio y al final es condenado, obtiene una sentencia 50 por 100 más larga que la sentencia que originalmente ofrece la fiscalía en sus intentos por llegar a un trato previo a la etapa del juicio oral. Bajo tales circunstancias, los acusados, ya sean genuinamente culpables o inocentes, encaran la misma elección: o aceptan las probabilidades (que son de 2 a 1) de obtener una condena y, por tanto, una sentencia más severa o aceptan la seguridad de que estarán menos tiempo en prisión y, con ello, pierden cualquier oportunidad de librarse del asunto sin haber sido encarcelados. No todos tomarán la misma decisión. Pero ello no es razón para pensar que quienes eligen que su caso vaya a juicio son inocentes (m) del delito que se les imputa.

Del hecho de que el caso de un acusado esté en el límite entre ser probado más allá de toda duda razonable y un nivel de prueba más bajo que éste — y

ése es precisamente el tipo de cálculo que el acusado realiza antes de decidir si acepta o no el trato del fiscal — *no* se sigue, y ni siquiera es más probable, que la mayoría de las absoluciones sean verdaderas⁸. Lo que sí es plausible es que quienes optan por ir a juicio hayan calculado que el caso en su contra no podrá ser probado más allá de toda duda razonable. Esto, sin embargo, es una cosa muy diferente que decir que quienes optan por ir a juicio son exclusivamente los inocentes. En otras palabras, el factor preponderante que determina si un acusado racional opta por un juicio seguido ante jurado son sus cálculos relativos a las probabilidades de ser absuelto, no el hecho objetivo de ser inocente o culpable del delito que se le imputa. Sostener que todos los acusados genuinamente culpables aceptarán el trato que la fiscalía les ofrece, en lugar de optar por ir a juicio, ignora el hecho de que los cálculos del acusado dependen menos de lo que piensa en torno a su inocencia o su culpabilidad y más de sus percepciones (y de las de su abogado) relativas a cuán concluyente parece el caso que el Estado tiene en su contra. En suma, no tenemos razones para pensar que las absoluciones falsas sólo sean aberraciones ocasionales. Al contrario, probablemente ocurran con frecuencia, sobre todo si incluimos entre la clase de las absoluciones a todas esas decisiones previas a la etapa del juicio oral que terminan por liberar grandes cantidades de personas (algunas de ellas probablemente culpables). En síntesis, las condenas falsas son mucho más graves y serias que las absoluciones falsas, pero eso no significa que estas últimas no acarreen también grandes costos.

Entonces, las condenas falsas representan el error más grave, pero los costos de las absoluciones falsas no son triviales. Concedido lo anterior, no parece imposible sugerir que algo de consenso generalizado pudiera alcanzarse en torno al valor de n . Podríamos implementar una especie de mecanismo (como el plebiscito o la propia actividad legislativa) para establecer cuál es el sentir popular (quizá mediado por lo que opinan los representantes del pueblo) acerca de los costos relativos de estas dos clases de error. Quizá suceda que al ser interrogado sobre el valor que considera apropiado para n (recordemos que representa la razón proporcional de absoluciones falsas contra condenas falsas), el ciudadano común se sienta confundido por lo abstracto del planteamiento. Sin embargo, me atrevo a decir que pocos dejarían de contestar si cambiáramos el planteamiento original a la pregunta: ¿cuántos homicidios y violaciones que queden impunes estaría usted dispuesto a aceptar por cada caso en que alguien es condenado erróneamente por los mismos delitos (homicidio y violación)? Una vez que logramos descubrir cuál sería el valor socialmente aceptable para n , esto constituiría una clase de contrato social.

⁸ Empleando el lenguaje que expliqué en el capítulo I, la mayoría de estas absoluciones pueden ser *válidas*; sin embargo, no es probable que sean verdaderas.

Ahora podemos regresar a la tarea de preguntarnos cómo podría ayudarnos a determinar el grado de exigencia de nuestro EdP el hecho de contar con un consenso social acerca del valor de la razón proporcional n . Valiéndose del empleo de la teoría estándar de las utilidades esperadas, algunos académicos han derivado el valor apropiado para el EdP, que en relación con n se expresa de la siguiente forma:

$$\text{EdP} = 1/(1 + 1/n)^9.$$

De acuerdo con estos autores, la fórmula anterior nos proporciona un método no arbitrario para determinar el grado de severidad de nuestro EdP y, al mismo tiempo, parece ofrecernos un mecanismo bastante atractivo para garantizar que la razón proporcional relativa a los errores (absoluciones falsas y condenas falsas) que ha sido considerada deseable, será materializada en un número suficiente de juicios penales reales.

Sin embargo, debemos resistir la tentación. Resulta que el EdP, por sí mismo, es insuficiente para lograr que la razón proporcional representada por n sea respetada o efectivamente materializada en los procesos penales. Esto se debe a que (como ha sido consistentemente argumentado por Ron ALLEN y Michael DEKAY), la forma en que se distribuyen los errores en los procesos penales reales (representada por n) depende no sólo de cuán severo sea el EdP sino que intervienen también, al menos, los siguientes factores:

⁹ La derivación usual de esta fórmula procede de la siguiente manera: por costumbre la *disutilidad* de una acción se define como el producto de multiplicar las probabilidades de que ocurra por sus costos (en los artículos citados en la nota 1 pueden encontrarse algunas variaciones a esta forma de derivación). Un miembro del jurado razonable votará por una condena sólo si la disutilidad esperada de una absolución es mayor que la disutilidad esperada de una condena. Es decir, en las siguientes condiciones:

$$C_{AF} \times \text{prob}(\text{abs}) > C_{CF} \times \text{prob}(\text{cond}) \quad (1)$$

En donde C_{AF} equivale a los costos de una absolución falsa; C_{CF} equivale a los costos de una condena falsa; $\text{prob}(\text{abs})$ es la probabilidad de una absolución; y $\text{prob}(\text{cond})$ es la probabilidad de una condena. Lo que deseamos conocer es la probabilidad mínima en la que la desigualdad expresada en (1) pueda obtenerse, ya que sólo en este caso estaría justificada una condena. Estándares menores a este valor harían que la sociedad estuviera interesada en que el proceso concluyera con una absolución. Estándares superiores o más severos harían que la sociedad se inclinara en favor de las condenas. El valor que venimos comentando definiría el estándar de prueba aplicable en materia penal. Dado que las probabilidades en ambos lados de la desigualdad deben sumar 1.0, podemos reformular (1) del modo que sigue:

$$C_{AF} \times \text{EdP} = C_{CF} \times (1 - \text{EdP}) \quad (2)$$

La desigualdad en (1) se vuelve aquí una igualdad debido a que estamos tratando de identificar el rango o valor mínimo de culpabilidad aparente. Si despejamos la variable EdP en (2) tenemos:

$$\text{EdP} = 1/(1 + (C_{AF}/C_{CF})) \quad (3)$$

Reconoceremos la razón proporcional en el denominador de (3) ni más ni menos que como la inversa de nuestro viejo conocido n . De modo que podemos reformular (3) de la siguiente manera:

$$\text{EdP} = 1/(1 + 1/n) \quad (4)$$

1. Cuán robustas sean las pruebas, así como cuán válidas sean las inferencias que con base en ellas realizan los miembros del jurado.
2. La forma en que realmente se distribuyen los inocentes(m) y los culpables(m), cuyo caso avanza a la etapa del juicio oral.

El primero de estos problemas puede remediarse al menos parcialmente. Como argumentaré después en este trabajo, si implementamos reglas probatorias que tengan mayores probabilidades que las actuales de informar al jurado respecto de los hechos relevantes en un caso penal, entonces podemos esperar que las estimaciones que haga relativas a la culpabilidad y la inocencia aparentes, sean razonablemente precisas.

Sin embargo, el segundo problema es fatal para esta forma de análisis. Los jueces tienen muy poca influencia, el jurado ninguna, sobre la forma en que se distribuyen los acusados genuinamente inocentes y los genuinamente culpables que llegan a la etapa del juicio. Eso es un asunto discrecional de la acusación. Las decisiones del fiscal relativas a qué casos enjuiciar impactan la razón proporcional de absoluciones falsas contra condenas falsas que realmente se materializa, dado que las cifras de absoluciones falsas y de condenas falsas dependen de la mezcla real de personas verdaderamente inocentes y verdaderamente culpables que exista entre la clase de los acusados. Para ver esto con mayor claridad imaginemos una muestra de cincuenta casos que llegan a la etapa del juicio. Supongamos que cuarenta acusados son genuinamente inocentes y que diez son genuinamente culpables. Si empleamos un EdP equivalente al 90 por 100, podemos predecir que los jurados condenarán erróneamente cerca del 10 por 100 de los genuinamente inocentes, es decir, cuatro de los realmente inocentes de nuestra muestra imaginaria. Ahora, si un EdP que se ubica en un punto alrededor del 0,9, logra en efecto capturar la estimación de BLACKSTONE respecto a que el valor de n es de 10 (10/1), entonces podemos esperar diez absoluciones falsas por cada condena falsa. Pero, ¿podríamos esperar realmente esto? Recordemos que, según nuestro caso hipotético, sólo hay diez personas genuinamente culpables en nuestra muestra. Aun en el caso de que el jurado absuelva erróneamente a todos ellos, la razón proporcional resultante, 10/4, no está ni siquiera cerca de la proporción de BLACKSTONE de 10/1. En concreto, determinar el grado de severidad de nuestro EdP de esta forma no ofrece ninguna garantía de que la razón proporcional de errores deseada vaya a ser satisfecha en la práctica. De hecho, puede argumentarse que *no existe* maquinaria o método alguno para determinar el grado de severidad de un EdP que materialice con precisión la razón proporcional de que se trate¹⁰, tomando en cuenta todas

¹⁰ ALLEN escribe (1977: 47): «Sin conocer la distribución de la culpabilidad aparente entre quienes son genuinamente inocentes y genuinamente culpables, no podemos conocer el verda-

las formas concebibles en que en un momento dado pueden distribuirse los acusados culpables e inocentes.

Lo anterior no debe decepcionarnos hasta el punto de hacer de n algo trivial e insignificante. Al contrario, se mantiene la importancia de n derivada del hecho de que constituye una manera de expresar las actitudes sociales respecto de los costos respectivos de las absoluciones falsas y de las condenas falsas. No obstante, lo que n no es capaz de hacer es fijar la severidad del EdP de un modo que garantice que los juicios reales materializarán dicha razón proporcional, o algo cercano a ella.

3. UN NUEVO PUNTO DE PARTIDA PARA ESTABLECER EL ESTÁNDAR DE PRUEBA

Así las cosas, todavía no contamos con un mecanismo no arbitrario para fijar el grado de severidad de nuestro EdP que también sea capaz de garantizar que cualquier serie de procesos reales se aproximará a materializar la distribución de errores considerada deseable. Pero antes de que nos resignemos a tener que hacer un acto de magia para sacar de la chistera el EdP, vale la pena explorar si no hay una razón proporcional *diferente* en la que pueda fundarse nuestro estándar. El candidato alternativo obvio es la razón proporcional de absoluciones verdaderas contra condenas falsas. Supongamos, contrafácticamente, que las razones proporcionales a las que hacen alusión los autores citados en el epígrafe de este capítulo se refieren no a una forma de distribución de los errores, sino a algo relevantemente similar. Específicamente, asumamos que la proporción de BLACKSTONE, 10/1 (la que parece he aceptado como la proporción respecto de la cual habría un consenso social), nos propone, más bien, la razón proporcional de absoluciones verdaderas contra condenas falsas. Si los interpretamos así, BLACKSTONE y el resto estarían diciéndonos algo como lo siguiente: «Nos desagradan sumamente las condenas falsas. Sin embargo, entendemos que de cuando en cuando algún inocente será hallado culpable. No obstante, no deseamos que este error ocurra con mayor frecuencia que una vez en diez casos (o una vez en veinte, o quizá en mil). Usaré la letra m para referirme a esta proporción de absoluciones verdaderas contra condenas falsas.

Como ocurre con la formulación previa del problema, esta manera de plantear las cosas enfatiza el esfuerzo que debemos hacer por reducir a un

pero efecto que en la distribución de los errores tiene el escoger un estándar de prueba en lugar de otro». Considérese también a DEKAY (1996: 126), quien sostiene que: «el estándar de prueba empleado por el jurado, por sí mismo, no puede determinar la razón proporcional de errores judiciales, la cual también depende de las probabilidades anteriores y de la sagacidad del jurado».

mínimo aceptable la frecuencia de las condenas falsas. La diferencia es que ahora ese mínimo está definido en términos de los éxitos del sistema consistentes en absolver a los genuinamente inocentes, en lugar de estar definido en términos de los fracasos del sistema consistentes en absolver a los genuinamente culpables (como sucedía anteriormente). Afortunadamente, el EdP nos ofrece un camino para capturar m de forma precisa. En efecto, contar con un EdP de, por ejemplo, el 90 por 100, a la larga generará condenas falsas el 10 por 100 del tiempo y, obviamente, su aplicación producirá absoluciones para el 90 por 100 de las personas genuinamente inocentes cuyo caso llega a la etapa de juicio oral¹¹. De modo que un EdP de 0,9 generará una distribución de absoluciones verdaderas contra condenas falsas de 9 a 1 (lo cual será el valor para m). Si lo alteramos ligeramente para que quede en alrededor del 91 por 100, tendremos una distribución al estilo Blackstone de 10 a 1.

En este punto sería natural preguntarse: ¿esta forma de determinar el grado de severidad de nuestro EdP adolece también de los mismos defectos que lo que ocurría al emplear n como punto de partida, en términos de resultar inoperante a causa de no saber de qué forma se distribuyen los genuinamente inocentes y los genuinamente culpables que van a juicio? La respuesta es no. A la larga, un EdP cercano al 90 por 100 generará más o menos diez absoluciones verdaderas por cada condena falsa, con independencia de cuántas personas verdaderamente inocentes y verdaderamente culpables encaren un juicio. Así, un EdP basado en el consenso social que pudiera generarse en torno a m garantiza —claro, si está sujeto a la admisión de todas las pruebas relevantes y a que su valoración sea hecha por personas sensatas— que m número de acusados inocentes serán absueltos por cada acusado inocente que sea erróneamente condenado.

Pero aquí uno puede preguntar: ¿por qué no establecer para m un valor mayor a 10 (o cualquier otro valor mayor que la sociedad estuviese dispuesta a adoptar)? Después de todo, si todos coincidimos en considerar que las condenas falsas son terriblemente costosas, parecería que sería algo bueno intentar reducirlas aún más. Tristemente, esto no es así. Ahora sabemos que, en principio, cada incremento en la severidad de nuestro EdP hace más difícil condenar a cierta porción de quienes son verdaderamente culpables. A menos que la abrumadora mayoría de quienes van a juicio sean genuinamente inocentes, aumentar la exigencia del EdP hará que las condenas falsas sean más probables de lo que serían sin ese au-

¹¹ Para aquellos aficionados a los tecnicismos, debo mencionar que este EdP se concibe como una probabilidad de error («*error probability*»), y no como una probabilidad posterior al estilo Bayesiano («*posterior probability*»).

mento en el EdP. Así mismo, comprendemos que implementar un EdP sumamente severo constituye una mala noticia en términos de desalentar la comisión de delitos y de dar la retribución correspondiente a las obras atroces perpetradas por los acusados genuinamente culpables. En suma, nuestra decisión sobre la proporción aceptable de absoluciones verdaderas contra condenas falsas (m) debe suplementarse con un constreñimiento colateral que refleje el hecho de que somos conscientes de la importancia de no hacer demasiado fácil que los culpables escapen de las manos de la justicia. De manera más específica, el valor socialmente aceptado de n actúa como este constreñimiento colateral del que venimos hablando, al tratar de determinar el valor de m . Reconocemos que un valor alto para m nos dará como resultado un EdP que hace inevitable que se produzcan algunas absoluciones falsas. Aun así, debemos insistir en que el sistema cometa tantas absoluciones falsas como sea necesario a los efectos de preservar el valor de m , pero no más de eso. Dado que valores más altos de m tienden a incrementar el valor de n , debemos oponer resistencia a quienes demandan disminuir la frecuencia de condenas falsas aún más por debajo del valor acordado e incorporado en nuestro EdP.

Habiendo llegado a un acuerdo social acerca del valor aceptable para la proporción de absoluciones verdaderas contra condenas falsas, hemos identificado lo que estamos buscando para determinar el grado de exigencia de un EdP. En forma específica, buscamos un EdP capaz de generar a la larga m número de absoluciones verdaderas por cada condena falsa. Si el EdP fuese menos demandante que el estándar previo, la sociedad tendría un interés fundado en velar para que los juicios concluyan en decisiones absolutorias, debido a que tal estándar atenuado estaría condenando a una proporción más grande de personas genuinamente inocentes que la proporción que la sociedad estaría dispuesta a aceptar. Si al contrario, el EdP fuese más demandante, entonces la sociedad preferiría que los juicios culminaran en decisiones condenatorias, dado que en tal caso los juicios respectivos tenderían a producir más absoluciones falsas de las que la sociedad quiere aceptar, lo cual se refleja en el consenso en torno a m . El resultado al que llegamos, que denominaré *el principio de indiferencia entre las absoluciones y las condenas*, es extremadamente importante para el resto de los temas tratados en este libro. Este principio establece que si podemos fijar un EdP que incorpore lo que la sociedad opina sobre el valor apropiado para m , sería un error proponer que otros aspectos del proceso (como las reglas probatorias) otorguen al acusado beneficios adicionales a la dosis del BdD ya concedido al fijar el EdP. Adoptar procedimientos pro-absoluciones o que aumenten la probabilidad de éstas violaría, de hecho, el contrato social establecido en torno al valor adecuado para m , dado que cada regla probatoria o procesal que incline la balanza para propiciar la emisión de absoluciones estaría in-

crementando el valor de m . En tales casos, la justicia no permanecería indiferente al resultado de los juicios penales. Tampoco nosotros.

Un bono adicional de esta forma de proceder es que nos sitúa en condiciones de resolver el problema, aparentemente intratable, de determinar la dosis apropiada del BdD que deseamos conceder al acusado. La dosis de BdD a la que tiene derecho un acusado depende, como en el caso del EdP, del valor asignado a la razón proporcional m que se establece entre las absoluciones verdaderas y las condenas falsas. En otras palabras, una vez que determinamos el grado de severidad de nuestro estándar probatorio para condenar, simultáneamente hemos decidido cuánto BdD merece el acusado y, al mismo tiempo, hemos incorporado ese beneficio en el propio EdP.

Si he dado la impresión de haber desarrollado de más este punto, la razón es que la literatura académica (incluso la que no tiene este carácter) en torno al derecho procesal penal tiende a asumir que un acusado debe recibir el BdD en cada etapa de un procedimiento penal. Como veremos en el capítulo V, muchos, quizá la mayoría de los académicos y juristas, en general, han propuesto en algún momento que las reglas probatorias deben diseñarse de modo tal que favorezcan la producción de absoluciones como desenlace de los juicios. Otros han insistido en que las reglas procesales en general deben favorecer la emisión de absoluciones. Ambas posturas ignoran el hecho de que habiendo elevado mucho el umbral para condenar, ya le hemos concedido al acusado una enorme ventaja al enfrentar un juicio; se trata de una ventaja que, en principio, incorpora la opinión de la sociedad acerca de la dosis apropiada de BdD. Continuaremos detallando más nuestro argumento al respecto en los capítulos subsecuentes. En ellos veremos cuán profundo han penetrado en la estructura normativa del proceso penal las medidas tendentes a facilitar la emisión de absoluciones. Sin embargo, es crucial que tengamos esto en mente desde ahora.

4. LA SUSTITUCIÓN DE UN ESTÁNDAR SUBJETIVO POR OTRO OBJETIVO: LA VERDADERA REFORMA

He dicho repetidamente que si podemos encontrar un EdP que incorpore y salvaguarde a m , entonces vamos por buen camino para resolver el problema de identificar un EdP apropiado. Sin embargo, todavía no digo nada acerca de cómo pasar de establecer el valor ideal de m a la determinación concreta de nuestro estándar. Una estrategia obvia sería buscar la solución a nuestro problema implementando un estándar probabilístico. En este sentido, podría argumentarse, por ejemplo, que si el valor de m es de alrededor de 10, entonces un EdP definido como una culpabilidad aparente del 91 por 100, o mayor, garantizaría que hubieran al menos diez absoluciones verda-

deras por cada condena falsa. Aunque lo anterior, en efecto, es plausible, quiero oponer resistencia a esta forma apresurada de intentar resolver el problema en cuestión. Mi resistencia se debe al hecho de que finalmente cualquier EdP entendido en términos probabilísticos sufrirá del mismo problema de subjetividad que, como vimos en el capítulo II, demostró estar dentro de las principales deficiencias del estándar BARD.

La advertencia previa quizá pueda ser una sorpresa para el lector, ya que a lo largo de este capítulo he empleado con frecuencia el lenguaje de las probabilidades en relación con el EdP. Debo aclarar que mis razones para proceder así fueron únicamente heurísticas; me parece que podemos aprender mucho acerca de cómo opera un EdP, especialmente acerca de su papel en la distribución de los errores, si echamos mano de resultados bien establecidos que derivan del empleo de la probabilidad y la estadística. Pero, al igual que sucede con la famosa escalera wittgensteiniana que se usa para poder escalar un muro y, cuando ya estamos arriba, después se desecha, así también es mejor dejar de lado el lenguaje técnico de las probabilidades al referirnos al EdP. Ahora bien, hay dos razones que me hacen llegar a la conclusión previa: cada una de ellas, de forma individual, es suficiente para hacernos dudar seriamente de lo que podríamos llamar aquí la «probabilización» del EdP. Por su parte, la fuerza de las dos razones consideradas en conjunto es capaz de destruir completamente tal proyecto (de «probabilización» del EdP). A continuación me referiré a estas razones en orden:

4.1. Problemas con la estimación de las probabilidades de nuestras propias creencias

El mejor ejemplo, incluso paradigmático, de asignación de probabilidades a nuestras propias creencias surge en el contexto de eventos específicamente estadísticos. Por ejemplo, si sabemos que la legión americana de una entidad local se encuentra organizando una rifa cuyo premio es un tanque procedente de la Segunda Guerra Mundial y sabemos también que se expidieron mil papeletas, podríamos decidir comprar 900 papeletas. Suponiendo que la rifa es imparcial, creeríamos que probablemente ganaremos el tanque. Pero no sólo lo creemos, tal vez podamos estar en condiciones de informar de que tenemos una confianza del 90 por 100 en que la hipótesis de que pronto seremos los dueños de un tanque del periodo referido es verdadera. En este escenario, la determinación cuantitativa de nuestro grado o nivel de confianza se reduce a un rápido cálculo mental.

Pero si nos alejamos de escenarios como el anterior se vuelve más difícil asignar alguna probabilidad específica a nuestras creencias. Supongamos

que soy un miembro del jurado en un juicio por robo a mano armada. He escuchado muchas pruebas inculpatorias y alguno que otro material exculpatario. Habiendo considerado cuidadosamente todas las pruebas, he llegado a la conclusión de que el acusado cometió el delito que se le imputa. En este punto, debo decidir si mi voto ha de ser absolutorio o condenatorio. Se que mi creencia de que el acusado cometió el delito no es en sí misma suficiente para votar por una condena, ya que el juez adecuadamente me ha instruido en el sentido de que la mera creencia de que el acusado es probablemente culpable no es suficiente. Tal vez se me ocurra intentar descifrar cuán probable pienso que es la hipótesis de la culpabilidad del acusado. De hecho, si el EdP estuviera establecido en términos probabilísticos, estaría obligado a realizar una determinación como la anterior. Esta operación, en general, no es una que ni yo ni ningún otro miembro del jurado podríamos llevar a cabo con algún grado de fiabilidad. Mientras que podría decir que creo fuertemente en la culpabilidad del acusado, que considero muy poderoso el caso presentado por la fiscalía y muy débil el presentado por la defensa del acusado, se me complicaría demasiado decir si asigno el 95 por 100, el 85 por 100 o el 75 por 100 a la hipótesis de la fiscalía consistente en que el acusado cometió el delito en cuestión. Incluso si de algún modo sacara de la manga algún valor específico, difícilmente puede decirse que este número representa «mi grado de creencia» en la culpabilidad del acusado.

No sólo yo sostengo lo anterior. Si miramos fuera del derecho procesal penal hacia otras áreas de investigación empírica, encontramos una resistencia similar de parte de los investigadores a asignar valores específicos de probabilidad a las creencias que sostienen. Por ejemplo, casi todos los paleontólogos creen que hace más o menos 65 millones de años tuvo lugar un evento generalizado y masivo que causó la extinción de los dinosaurios. Sin embargo, me aventuro a pensar que ningún científico podría decirnos exactamente qué valor de probabilidad le asigna a la hipótesis de la abrupta extinción de los dinosaurios. Es más, ni siquiera podrían indicarnos un pequeño intervalo en el que pudiera ubicarse ese valor que no pueden especificar concretamente. Por ejemplo, si preguntáramos algo como «¿la probabilidad de que los dinosaurios se hayan extinto abruptamente es mayor del 95 por 100?» la gran mayoría de paleontólogos se encogería de hombros y diría que no está seguro. Si una teoría tan ampliamente aceptada —puesta a prueba rigurosamente por los científicos por más de un cuarto de siglo— cuenta con respaldo generalizado y, sin embargo, todavía no es cuantificable, ¿qué razones tenemos para pensar que un jurado, que normalmente dedica unas pocas horas a la consideración de la hipótesis de culpabilidad del acusado, o algunas semanas (en casos atípicos), está en mejores condiciones que la comunidad científica de biólogos para decidir qué valor de probabilidad le asignaría a la creencia de que el acusado es culpable? Incluso el eminente

jurista Learned HAND famosamente sostuvo que no podía distinguir BARD del estándar de la preponderancia de las pruebas¹². No es difícil imaginar cómo reaccionaría si le fuese solicitado asignar un valor específico de probabilidad al veredicto de un jurado.

Los aficionados a la teoría de la probabilidad seguramente nos dirán que tales dificultades pueden ser resueltas sin mayores problemas. Simplemente pregunten a los miembros del jurado cuánto estarían dispuestos a apostar y en qué proporción (2 a 1, 3 a 1, etcétera) a que la hipótesis de culpabilidad es verdadera. Los expertos nos dicen que si los jurados contestan que apostarían 20 dólares o más con la expectativa de ganar 21 dólares si acierta (y de perder los 20 dólares si no está en lo correcto), entonces está asignando un valor del 95 por 100 de probabilidad a la hipótesis de culpabilidad. Aunque parece suficientemente plausible, este método simplemente desplaza el problema de nivel. Si tomamos en serio que genuinamente no estoy en condiciones de asignar un valor de probabilidad a mi creencia en que el acusado es culpable, me encontraré igualmente confundido e imposibilitado para contestar con precisión cuánto estaría dispuesto a apostar a que el acusado es culpable. En síntesis, si el EdP se planteara en términos de la asignación de un valor específico de probabilidad a la hipótesis de culpabilidad, como el 90 por 100 o el 95 por 100, la mayoría de los miembros del jurado que ya hubieran decidido la culpabilidad del acusado, tendrían muy difícil intentar determinar de manera no arbitraria si su confianza en la culpabilidad del acusado es suficiente o no para satisfacer las demandas impuestas por el EdP en operación.

4.2. El problema de la subjetividad

Pero incluso si el problema previo tuviera solución, bajo la superficie yace uno más serio: Este problema va al corazón de preguntas como qué se supone debe ser un EdP y qué queremos que logre. No sólo surge específicamente con estándares de prueba probabilísticos, sino también en los estándares no probabilísticos como BARD. El problema es que todos esos estándares de prueba son fundamentalmente subjetivos. Estos dicen al jurado lo siguiente: escuchen cuidadosamente los testimonios y las demás pruebas materiales presentadas en el juicio oral. Al final de éste, probablemente se habrán formado una creencia acerca de si el acusado cometió o no el delito que se le imputa. Si creen que no lo cometió, claro está que deben absolverlo. Si han llegado a creer que sí lo hizo, entonces deben hacerse otra pregunta. Si BARD es el

¹² UNDERWOOD, 1977: 1309.

estándar implementado, la pregunta (como vimos en el capítulo II) se puede formular del modo que sigue: ¿están totalmente persuadidos de que el acusado cometió el delito? Si el EdP fuera del 90 por 100, la cuestión sería: ¿el valor que asignan a la hipótesis de culpabilidad es mayor al 90 por 100? Si los miembros del jurado pueden ofrecer una respuesta afirmativa a alguna de las preguntas previas, entonces deben condenar al acusado. De lo contrario, debe proceder una absolución. Esta historia resulta tan familiar que es difícil tomar sana distancia para observar lo extraña que es. Y nada de esta historia es más peculiar que el hecho de que no nos ofrece ningún estándar de prueba independiente. En lugar de ello, el sistema solicita al jurado esto: al final del juicio oral, piensen detenidamente en las pruebas que han visto y escuchado; identifiquen el grado de confianza que han alcanzado acerca de la culpabilidad del acusado; si están realmente, pero realmente convencidos de que en efecto cometió el delito, entonces deben condenarlo. Si están menos que profundamente persuadidos, deben absolver.

Sin pelos en la lengua, esto es un parodia de un sistema de prueba. En cualquier área fuera del derecho en la que se evalúan pruebas para tomar ciertas determinaciones (incluyendo las ciencias naturales, las pruebas clínicas en medicina, las matemáticas, los estudios epidemiológicos, etcétera), el EdP está concebido para informar al investigador en cuestión cuándo tiene derecho a considerar algo como probado; es decir, cuándo la relación que existe entre las pruebas o las premisas y la conclusión que se busca justifica la aceptación de dicha conclusión como probada en el contexto específico. Por el contrario, en el derecho procesal penal, esta función es completamente ignorada o vergonzosamente ocultada. En lugar de especificar que la confianza que los miembros del jurado puedan tener en la culpabilidad del acusado depende de que se hayan ofrecido o no pruebas robustas, el derecho procesal penal hace que el EdP sea parasitario del nivel de confianza que el investigador o juzgador de los hechos (en este caso, el jurado) tenga en la culpabilidad del acusado. De modo que, para el derecho, tenemos una prueba de la culpabilidad del acusado cuando los miembros del jurado se sienten fuertemente persuadidos de ello (o cuando le asignen a la hipótesis de culpabilidad una probabilidad mayor a x , en el caso de un estándar probabilístico). Sin importar cómo hayan llegado a tener ese alto nivel de confianza, está probado. Esto pone las cosas precisamente del revés.

En caso de que todavía no haya quedado claro por qué lo anterior perverte el orden lógico de las cosas. Imaginemos que decimos a los matemáticos que de ahora en adelante pueden considerar que cuentan con pruebas legítimas de algún teorema si es el caso que están firmemente convencidos de que es verdadero. O supongamos que le dijéramos a los epistemólogos que tienen una prueba de la existencia de un nexo causal entre A y B si es que están altamente convencidos de que tal vínculo existe. Políticas proba-

torias como las anteriores no pueden más que causarnos risa. Uno no debe decir a ningún juzgador de los hechos (en el derecho o fuera de este): «Usted tiene una prueba de A sólo si está convencido de A» (tampoco «usted tiene una prueba de A sólo si su confianza subjetiva en que A es verdadero es mayor a x »). Al contrario, debemos decirle: «Usted no tiene ningún derecho a sentirse fuertemente convencido de A a menos que cuente con pruebas de A y sólo hasta entonces». Y, así mismo, añadir que: «sus firmes convicciones acerca de A no cuentan para nada en ausencia de pruebas de A». Después debemos comunicarle cómo sería la prueba de A. Esto es, comunicarle en qué consiste el estándar de prueba que debe satisfacerse para tener a A como una proposición probada. De modo que un EdP apropiado no depende de nuestra confianza subjetiva en la verdad de una hipótesis; al contrario, el EdP nos permite determinar si nuestra confianza en la verdad de la hipótesis en cuestión está justificada.

En marcado contraste, las prácticas probatorias en el derecho procesal penal hacen a la misma existencia de la prueba de culpabilidad algo parasitario de la existencia previa de un firme convencimiento sobre la culpabilidad. El lenguaje empleado para expresar este estado subjetivo de convicción varía de época en época y de lugar en lugar. En ocasiones, lo que se requiere es una «convicción permanente» de que el acusado es culpable. En otras, se trata de una «certeza moral», de una «creencia bien establecida», de una «consciencia satisfecha» o de un «convencimiento firme.» A veces, lo anterior puede plantearse en términos de una «confianza en la culpabilidad del acusado mayor del 90 por 100». En el derecho romano-germánico se suelen emplear frases como «la convicción íntima» o una «libre convicción.» Lo que éstas y otras variantes familiares comparten es considerar la presencia de un alto nivel de confianza subjetiva en la creencia de que el acusado es culpable como la piedra de toque para determinar que la hipótesis de culpabilidad ha sido probada¹³. En numerosas ocasiones, la Corte Suprema ha reconocido que la regla actual para decidir la culpabilidad o la inocencia del acusado impone un criterio o parámetro totalmente subjetivo (cabe agregar que tal reconocimiento no va acompañado de una objeción). Recordemos que, como vimos en el capítulo 2, en *Jackson v. Virginia*, el máximo tribunal dejó claro que para condenar se debe alcanzar un «estado subjetivo cercano a la certidumbre total»¹⁴. Sin embargo, fuera del derecho, un estándar de

¹³ El gran jurista del siglo XIX, Thomas STARKIE (1828: 513), capturó el sentimiento ampliamente generalizado que ahora critico cuando insistió en que «... las circunstancias que habrán de contar como prueba no pueden ser objeto de una definición general; el requerimiento jurídico consiste en la suficiencia de las pruebas para satisfacer la conciencia y el buen entendimiento del jurado».

¹⁴ *Jackson v. Virginia*, *supra*, 443 US: 315. Sentimientos similares pueden encontrarse en: *Accord Johnson v. Louisiana*, 406 US 356: 360 (1972) y en *In re Winship*, 397 US: 364 (1970).

prueba nunca se plantea en términos de los niveles de confianza subjetiva de quienes realizan la indagación correspondiente, sino en términos del vínculo inferencial que debe existir entre las pruebas disponibles y la hipótesis de que se trate a los efectos de poder considerar tal hipótesis como una proposición probada. Fuera del derecho, la confianza racional en que algo es verdadero se sigue de las pruebas con las que contemos; la confianza no antecede a las pruebas. En contraste, en el derecho procesal penal, tal confianza antecede, certifica e incluso constituye la «prueba».

En este punto, alguien todavía podría preguntar: «¿acaso la regla BARD no establece un estándar de prueba genuino?». Como lo demostrará una breve reflexión, la respuesta es un rotundo no. En otro lugar¹⁵, he argumentado a detalle que en las prácticas actuales de los Estados Unidos y de otros países del *common law* o bien no se define lo que es una duda razonable o las definiciones que circulan son tan vagas que se vuelven totalmente inútiles. He demostrado que en la práctica el EdP que se aplica en materia penal en los Estados Unidos es la firme convicción en la culpabilidad del acusado, y nada más. El sistema no ofrece al jurado ningún estándar de prueba neutral u objetivo. En lugar de ello, se le comunica a los miembros del jurado que la intensidad de su confianza subjetiva en la culpabilidad del acusado determina si condena o absuelve. Para empeorar las cosas, el sistema no establece controles sobre cómo el jurado llega a ese nivel subjetivo de confianza. Al contrario, se les da rienda suelta para evaluar las pruebas como les plazca, con tal de que al final, si deciden condenar, afirmen que se encuentran genuinamente persuadidos de que el acusado cometió el delito que se le imputa. Ciertamente, si los miembros del jurado deciden absolver, deben tener una duda razonable acerca de la culpabilidad del acusado. Sin embargo, dado que los tribunales se han esforzado en insistir que los jurados no necesitan estar en condiciones si quiera de articular sus dudas, mucho menos en condiciones de justificarlas frente a sus colegas, las absoluciones son tan arbitrarias y subjetivas como las condenas. Lo que tenemos aquí no es un EdP, sino un pretexto, uno muy débil por cierto, para condenar o absolver.

5. LA REFORMA ESENCIAL: UN ESTÁNDAR DE PRUEBA OBJETIVO

Por mor del argumento, supongamos que el derecho procesal penal contara con un estándar de prueba genuino, uno que no dependiera de la evaluación subjetiva de la culpabilidad por parte de los miembros del jurado, sino uno que

¹⁵ Véase el capítulo II, así como LAUDAN, 2003: 295.

consistiera en el establecimiento por parte de la acusación de un poderoso lazo inferencial entre las pruebas presentadas y la conclusión de que el acusado es culpable. En tales circunstancias, una determinación de culpabilidad no dependería del proceso de introspección al que los miembros del jurado se entregarían para determinar su nivel o grado de confianza en la hipótesis de culpabilidad, sino en una determinación relativa a si el estándar ha sido o no satisfecho.

Es justo preguntarse qué significaría contar con un EdP en materia penal que no fuera parasitario de la asignación de una alta confianza o de una alta probabilidad a la hipótesis de que el acusado es culpable. Comencemos por recordar el estándar que imperó en el derecho romano-germánico desde finales de la edad media hasta los albores de la Ilustración. En breve, e ignorando las sutilezas al respecto, en aquellos días la fórmula para asegurar la emisión de una condena comprendía dos elementos: la presentación en juicio de dos testigos oculares fiables o una confesión plausible del acusado (me apresuro a añadir que no soy partidario de ese estándar; la referencia a este caso es sólo ilustrativa). Con este estándar en operación, la creencia subjetiva del juez (recordemos que la función de juzgador de los hechos no recaía en un jurado) acerca de la culpabilidad o la inocencia del acusado era irrelevante. El EdP especificaba lo que se necesitaba para condenar al acusado. Pese a las deficiencias de este estándar (en el sentido de que la falta de dos testigos o de una confesión no era un signo demasiado fiable de la inocencia del acusado, como tampoco era un signo fiable de su culpabilidad la existencia de una confesión extraída mediante tortura), debe decirse que, al menos, se trataba de un EdP en el sentido estricto de la expresión. La pregunta que debemos hacernos es si podemos proponer un estándar como éste en nuestras prácticas contemporáneas.

En realidad hay ya varias propuestas interesantes que tal vez puedan hacer el trabajo requerido. Considérese, por ejemplo, un EdP que exigiera lo siguiente:

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

Considérese también la siguiente propuesta basada en algunas de las sugerencias de RON ALLEN¹⁶:

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

¹⁶ Véase, especialmente, ALLEN, 1993: 436; y ALLEN, 1994: 604.

Debo aclarar que para los objetivos del libro no suscribo ninguna de las propuestas previas. Las cito debido a que ambas exhiben un rasgo ausente en las prácticas actuales del derecho procesal penal: estas propuestas orientan a los miembros del jurado en términos de lo que deben buscar en las pruebas disponibles que, de hallarse, haría que la condena que emitieran estuviese justificada. En este sentido, las propuestas referidas no solicitan a los miembros del jurado que realicen un meta-análisis de sus niveles de confianza en la culpabilidad o la inocencia del acusado (aunque puede ser, claro está, que muchos de los casos que satisfagan los estándares *a* o *b*, también dejen a los miembros del jurado firmemente convencidos de la culpabilidad del acusado. Se podría incluso esperar que las cosas fueran así, pero ello *no es condición necesaria*).

Por otra parte, la implementación de *a* o de *b* como estándares no representaría una ruptura con la historia del *common law*. Por un periodo bastante extenso, específicamente hasta 1954, cuando fue eliminada de los juicios penales federales por la Corte Suprema, se daba una instrucción esquemática a los jurados para los casos de prueba circunstancial. Ésta sigue la línea de una todavía empleada en los juzgados y tribunales estatales de California. La instrucción citada establecía en parte lo siguiente:

Sin embargo, una determinación de culpabilidad no puede estar basada en pruebas circunstanciales a menos que las circunstancias probadas no sólo sean (1) consistentes con la teoría de que el acusado es culpable del delito que se le imputa, sino también (2) que no puedan ser reconciliadas con ninguna otra conclusión racional... Ahora bien, si las pruebas circunstanciales dan pie a dos interpretaciones razonables, una que apunte a la culpabilidad del acusado y la otra a su inocencia, se debe adoptar la interpretación que apunte a la inocencia del acusado y rechazar la que apunta a su culpabilidad¹⁷.

Pese a que el lenguaje empleado es tan redundante (ya que el segundo enunciado está implicado por el primero) como desafortunado (pues la condición 2 debería decir algo como «que las pruebas sean inconsistentes con la teoría de que el acusado es inocente de los cargos»), el mensaje es fuerte y claro. La regla establece que en casos donde únicamente haya pruebas circunstanciales se debe condenar sólo si las pruebas disponibles descartan toda hipótesis razonable a excepción de la culpabilidad (*m*) del acusado. Va directamente al grano, es decir, a la especificación del carácter que las pruebas deben revestir, al tiempo que evita hablar sobre cómo pueden sentirse los miembros del jurado al respecto. La instrucción les dice a los miembros del jurado lo siguiente:

¹⁷ CALJIC 2.01.

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

Debemos hacer notar que *c* no pide a los miembros del jurado que evalúen el nivel de confianza que tienen en la hipótesis de culpabilidad, como tampoco lo hacen *a* ni *b*. En lugar de ello, *c* les pide determinar si las pruebas fiables presentadas en el juicio oral son capaces de excluir toda hipótesis *prima facie* de inocencia que puedan imaginar. La propuesta de ALLEN, *b*, así como la propuesta *a*, al incluir el elemento de las pruebas sorprendentes entran claramente en la misma familia.

Pero en lugar de suscribir esta instrucción prometedora, la Corte Suprema de los Estados Unidos, de manera increíble, decidió eliminarla y sustituirla ordenando a los jueces que instruyeran a los integrantes del jurado en el sentido de que sólo podían condenar si estaban «firmemente convencidos» de que el acusado era culpable¹⁸. Pese a que esta decisión de la Corte era consistente con la creencia de la Corte sobre que algo próximo a la certeza subjetiva era condición *sine qua non* para la emisión de un veredicto de culpabilidad, se trató de una decisión retrógrada que contribuyó a oscurecer más, e incluso a rodear de un halo de misticismo, esta historia de por sí sombría.

Ninguno de los tres estándares en discusión depende de las estimaciones subjetivas del jurado acerca de la probabilidad de que el acusado sea culpable. De hecho, en todos ellos hay espacio para una situación en la que un jurado estuviere obligado a condenar aunque continúe creyendo (quizá fuertemente) en la inocencia del acusado, aun a pesar de que el estándar de prueba haya sido satisfecho. Podemos imaginar que los miembros del jurado manifestarían sus reservas si les informáramos que pueden seguir teniendo la obligación de condenar a alguien a quien creen inocente. Pero este dilema no es de una clase distinta a la situación imperante en la que, con frecuencia, los miembros del jurado se hallan obligados a declarar que el acusado no es culpable pese a que creen que sí lo es. Si los miembros del jurado pueden entender, como ya lo hacen, que las exigencias de un estándar probatorio deben estar por encima de sus creencias privadas sobre la culpabilidad del acusado, seguramente podrán entender que sus creencias respecto de la inocencia del acusado también deben ceder a las demandas de un estándar de prueba plausible.

¹⁸ *Holland v. US*, 348 U.S. 121 (1954). La corte opinó que «la instrucción relativa a las pruebas circunstanciales es confusa e incorrecta». *Ibid.*: 139-40.

Puede parecer que los estándares propuestos —*a*, *b* y *c*— son extremadamente simples y formalistas. Después de todo, nos encontramos en el terreno de eventos humanos extremadamente complejos y de procesos mentales oscuros (como es el caso de las deliberaciones del jurado). Los estándares *a*, *b* y *c* en ocasiones pueden errar absolviendo al culpable o, peor aún, condenando al inocente. Pero eliminar esta posibilidad está más allá de nuestra capacidad. No estamos lidiando con relaciones deductivas entre las premisas y la conclusión, sino con la incertidumbre y con inferencias fallibles. Está en la propia naturaleza de las denominadas reglas ampliativas de inferencia el hecho de que a veces nos conducirán a conclusiones erróneas. Ningún EdP puede eliminar la incertidumbre por completo, ni hacer que las inferencias abductivas que se emplean en el razonamiento jurídico preserven siempre la verdad.

La cuestión importante es determinar si estándares como los propuestos en *a*, *b* y *c*, nos conducirían a cometer más o menos errores de los que ocurren cuando (como ahora) la emisión de un veredicto depende de las intuiciones indisciplinadas del jurado sobre la culpabilidad y la inocencia o de las asignaciones de probabilidad intrínsecamente arbitrarias que sus miembros realizan. Desafortunadamente, nadie ha recopilado la información empírica que sería relevante para hacer la determinación previa de manera concluyente. Pero esta incógnita *podría* despejarse por medio de tales estudios empíricos.

Mientras tanto, existen algunas razones plausibles para creer que los estándares *a*, *b* y *c*, harían un mejor trabajo que los criterios subjetivos referidos en este trabajo. Consideremos, por ejemplo, la propuesta *a*: pidiéndole a los miembros del jurado que determinen si la acusación ha logrado presentar pruebas fiables ya sean materiales, documentales y/o testimoniales, cuya existencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera inocente. Como regla general del razonamiento empírico se sabe que *cualquier* hipótesis histórica es sometida a prueba de una mejor manera si logra establecer adecuadamente que existe un conjunto de hechos que la hipótesis en cuestión debería explicar pero que, de hecho, no es capaz de hacerlo. Si la respuesta a la cuestión anterior es afirmativa, entonces la hipótesis respectiva ha sido desacreditada. Esta estrategia de evaluación de hipótesis se emplea constantemente en las ciencias históricas, ya sea que se trate de la historia del planeta o de la historia de la humanidad. Por ejemplo, si queremos evaluar la hipótesis de que los dinosaurios se extinguieron como resultado de la colisión de un meteorito con la Tierra, nos preguntamos si acaso existen pruebas fiables que daten del periodo relevante que fuesen totalmente explicables por la hipótesis de la colisión, cuya presencia sería ininteligible si los dinosaurios se hubieron extinguido debido, por ejemplo, a no tener una adecuada ventilación corporal. Así mismo, hemos de determinar si existen

hechos bien probados o establecidos acerca de la extinción de los dinosaurios que no cuadren con la hipótesis de la colisión. Como sí existen hechos que son explicables por la hipótesis de la colisión (*i.e.*, el famoso incremento de iridio) y no existen hechos relevantes que no puedan ser explicados por esta hipótesis, entonces contamos con razones de peso para acreditar la hipótesis de la colisión. Las investigaciones históricas y científicas no son muy diferentes de lo que ocurre cotidianamente en los juzgados, cortes y tribunales penales. En ellos, las partes presentan sus respectivas hipótesis acerca de la culpabilidad o la inocencia del acusado y el juzgador de los hechos busca en las pruebas algún rasgo que le permita tener por probada alguna de ellas. Un estándar como el de la propuesta *a* hace explícito el tipo de prueba que el jurado requiere para condenar. En resumen, el tipo de inferencia que este estándar invita a realizar no es nueva ni extraña para los tribunales y tampoco sería poco familiar para los miembros del jurado pues la realizan comúnmente en sus vidas cotidianas.

Sin embargo, hasta la fecha, los tribunales no han estado dispuestos a decir a los miembros del jurado que si un criterio como el establecido en la propuesta *a* es satisfecho, entonces cuentan con la prueba de la culpabilidad del acusado y que, de lo contrario, no cuentan con dicha prueba. De hecho, sucede lo opuesto, muchos tribunales de segunda instancia han sostenido específicamente que estándares como los propuestos resultan demasiado exigentes. Por ejemplo, el Primer Juzgado Federal de Apelaciones ha dicho que: «La fiscalía puede probar su teoría valiéndose de la presentación de pruebas circunstanciales y no necesita excluir toda hipótesis razonable de inocencia siempre y cuando la totalidad de las pruebas permita una conclusión de culpabilidad más allá de la duda razonable»¹⁹. Pero, ¿cómo es que la segunda instancia piensa que un miembro del jurado puede estar seguro BARD de la culpabilidad del acusado cuando simultáneamente cree que existen «hipótesis razonables de inocencia» que no han sido descartadas por las pruebas? Esto es uno de los múltiples misterios que rodean a la doctrina de BARD. Ocho años atrás, esa misma instancia judicial había dicho que: «el juzgador de los hechos es libre de escoger entre diversas construcciones racionales de las pruebas»²⁰. De nuevo, ¿cómo puede un miembro del jurado sentirse seguro BARD de la culpabilidad del acusado cuando existen «diversas construcciones razonables de las pruebas», algunas de las cuales pueden ser exculporias? Si BARD es tan permisivo como lo sugieren estas opiniones, es urgente que este criterio sea reemplazado por estándares más exigentes, como los contenidos en las propuestas *a*, *b* y *c*.

¹⁹ *US v. Gabriner*, 571 F.2d 48: 50 (1^{er} Cir., 1978).

²⁰ *US v. Thornley*, 707 F.2d 622: 625 (1^{er} Cir., 1983).

Si se adoptaran los criterios propuestos se resolverían los dos problemas planteados anteriormente. Constituyen estándares de prueba genuinos y objetivos y, al contrario que BARD o a la asignación de valores específicos de probabilidad a la hipótesis de culpabilidad, dejan muy poco espacio para la duda respecto a si han sido satisfechos o no en cualquier caso particular.

Dicho lo anterior, debemos hacer notar que todavía subsiste un serio enigma. Para plantearlo directamente la cuestión es: ¿qué razones tenemos para creer que a , b o c logran capturar la razón proporcional de absoluciones verdaderas contra condenas falsas expresada por m ? Después de todo, los estándares que he venido explorando no están planteados en términos probabilísticos. Si (como he argumentado) la función de un EdP es tanto distribuir las clases de veredictos que pueden resultar de un juicio penal de acuerdo con lo que deseamos como salvaguardar a los acusados en contra de más condenas falsas de las que consideramos aceptables, debemos entonces estar en condiciones de determinar si cualquier candidato de EdP tiene éxito en términos de capturar el punto de vista social a este respecto.

No se trata de un reto fácil, pero tampoco es imposible. Creo que podría enfrentársele de la siguiente manera: como he propuesto, procedamos a determinar el valor que la sociedad estaría dispuesta a darle a m . Lo que a continuación queremos como característica de nuestro EdP es que pueda expresarse en términos de una regla de decisión que arrojará alrededor de m absoluciones de personas genuinamente inocentes por cada condena de un acusado inocente. Considérese nuevamente el criterio de la propuesta a : lo que necesitamos saber sobre a es cuán frecuentemente su empleo permitiría declarar culpables a quienes son genuinamente inocentes. Si la frecuencia relativa en que esto ocurre está cerca del valor $1/m$, entonces la propuesta a habrá pasado la prueba satisfactoriamente. Si no se encuentra cerca de aquel valor, entonces habremos descubierto que la propuesta a constituiría un EdP inadecuado. Pero claro, aún no sabemos la respuesta a la pregunta hipotética acerca de la tasa de éxitos y fracasos de la propuesta a respecto a los acusados inocentes. Debemos investigarla empíricamente, aunque esta tarea parece ser realmente difícil. Después de todo, no suele ser fácil tratar de descifrar si alguien condenado por un delito como resultado del seguimiento de un juicio penal en su contra (en el que se empleara la propuesta a , o cualquier otro EdP), es genuinamente inocente o genuinamente culpable. Para empeorar las cosas, los juzgados y tribunales suelen resistirse a permitir que se lleve a cabo una investigación empírica de esta naturaleza.

Afortunadamente, los procesos penales no son nuestra única fuente para tener acceso a dicha información empírica. Como ya he dicho, las reglas o criterios contenidos en las propuestas a , b y c , son ampliamente usados fuera

del derecho con el objetivo de someter a prueba hipótesis empíricas acerca de eventos ocurridos en el pasado. No sería particularmente difícil concebir una serie de investigaciones que pudieran revelar la frecuencia con la que estas reglas producen falsos positivos (es decir, condenas falsas). Aun si limitáramos nuestro interés sólo en el ámbito penal, no sería difícil determinar el desempeño de la propuesta a . Considérese la siguiente situación: la fiscalía imputa a Jones la comisión de un delito. El Estado presenta muchas pruebas inculpatorias. Resulta que Jones cuenta con una coartada irrefutable. Numerosos testigos lo ubican muy lejos de la escena del crimen durante el tiempo en que el delito tuvo lugar. En estas condiciones es razonable suponer que es altamente probable que Jones sea genuinamente inocente. Después del proceso respectivo, como un ejercicio intelectual podríamos aplicar el estándar a a las pruebas que no están relacionadas con la coartada, con vista a determinar si este estándar es satisfecho o no. Podríamos repetir este procedimiento con muchas docenas de casos que cuenten con coartadas sólidas. Si después de su empleo en una vasta cantidad de casos resulta que a , sin considerar las pruebas relacionadas con las coartadas, condena mucho más del 10 por 100 de las veces a acusados claramente inocentes, como Jones, entonces el estándar en cuestión no habrá superado satisfactoriamente la prueba de su desempeño como estándar adecuado.

Aunque ciertamente no podemos asegurar que contamos con un EdP apropiado hasta no haber establecido el valor socialmente aceptado para m y hasta no haber identificado un estándar que en la práctica reproduzca el valor de m , esto no es razón suficiente para aferrarnos a BARD mientras obtenemos el consenso social requerido y la información empírica relevante. Como ya lo he sugerido, BARD es un criterio ambiguo y subjetivo. Estas debilidades no están presentes en las propuestas a , b o c . Aunque todavía no sabemos si estas propuestas materializan m en la práctica, esto tampoco podemos aseverarlo para BARD.

5.1. ¿Caben múltiples estándares de prueba en materia penal?

En este capítulo y en los que le preceden he hablado con frecuencia de *el* estándar de prueba, como si sólo pudiese haber uno. Aunque ésta es la forma ortodoxa de pensar acerca de este tema, es crucial que recordemos que de hecho hay múltiples estándares de prueba operando a lo largo de un procedimiento penal. En cada punto del procedimiento en que a un juez o a un jurado le corresponde hacer una determinación de derecho o una relativa a los hechos del caso, hay un EdP asociado a esa decisión. Por ejemplo, en la etapa en que el sospechoso es arrestado, el estándar aplicable es la existencia de una *causa probable*. Por su parte, para que el Gran Jurado determine

que el caso procede, el estándar aplicable consiste en pruebas que apunten suficientemente a la culpabilidad del acusado que no sean contradichas por pruebas de descargo. Para que proceda el no otorgamiento del beneficio de una fianza, usualmente se emplea el estándar PCyC para establecer que hay riesgo de que el acusado huya de la acción de la justicia o de que dañe a terceros. Si el acusado alega lo que se conoce como una causa excluyente de responsabilidad penal, con frecuencia debe satisfacer el estándar PDLP. Si ha de proceder un cambio de jurisdicción, debe satisfacerse el estándar PCyC para sostener que el acusado no puede obtener un juicio justo en la jurisdicción en que originalmente está programado su juicio oral. En la audiencia preliminar de pruebas se deben tomar múltiples decisiones acerca de la admisibilidad de pruebas rebatidas. En este punto, suele emplearse el estándar PDLP para fundar las decisiones respectivas, aunque (como veremos en el capítulo siguiente) a muchos expertos jurídicos les gustaría ver que se aplicara BARD en esta etapa. Una vez que se emite un veredicto condenatorio, en la audiencia para escuchar la sentencia correspondiente el estándar que se aplica es PDLP.

En la apelación del caso, si el tribunal de apelación determina que en el transcurso del juicio respectivo se cometió un error de carácter constitucional, surge entonces la cuestión de si procede que se ordene su repetición. Procederá un nuevo juicio a menos que los magistrados puedan persuadirse a sí mismos BARD de que el error en cuestión no fue determinante para el sentido del fallo de la primera instancia. Por otra parte, si al tribunal de apelación se le solicita determinar si las pruebas fueron suficientes para justificar una condena, el tribunal no se preguntará si una persona razonable pudo haber condenado o debió condenar al acusado, sino si una persona razonable al ser confrontada con las pruebas presentadas en juicio habría podido decidir que el acusado es culpable BARD. Aunque ninguno de estos estándares de prueba es tan crucial como el empleado por el juzgador de los hechos para determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado, todos ellos constituyen eslabones epistémicos importantes en el transcurso del procedimiento penal y merecen un escrutinio mucho más serio del que hasta ahora han recibido.

Parece que una buena regla general en el derecho es que siempre que debe tomarse una decisión hay, implícita o (la mayoría de las veces) explícitamente, un EdP asociado a ésta. Por su parte, como se ha argumentado en este capítulo, cuando se emplea algún EdP subyace implícitamente la expresión de los costos relativos a los éxitos y los errores que pueden derivarse de la decisión respectiva. Si el procedimiento general para evaluar el desempeño de un EdP que he descrito en este capítulo es viable, podría emplearse para el análisis de todos los demás estándares en operación. En cada caso específico preguntaríamos si el estándar en cuestión es capaz de incorporar

las creencias de la sociedad acerca de los costos respectivos que generan los resultados a los que estas decisiones nos pueden conducir.

6. CONCLUSIONES

He argumentado que a la luz del tremendo fracaso de BARD en términos de no desempeñar las funciones que esperamos de un estándar de prueba, necesitamos un sustituto. He sugerido que el reto consiste en encontrar un EdP que simultáneamente:

- Sea lo suficientemente claro y conciso como para que los miembros del jurado puedan comprenderlo y aplicarlo.
- Sea objetivo, *i.e.*, haga referencia explícita a la estructura de las pruebas que deben ofrecer las partes, en lugar de depender de las corazonadas subjetivas del juzgador de los hechos; e
- Incorpore el contrato social en lo referente al valor aceptable para la razón proporcional de absoluciones verdaderas contra condenas falsas.

Pese a que todavía no sabemos si habrá un EdP que cubra con estos requerimientos, hemos considerado algunas posibilidades. En este sentido, BARD no reúne los primeros dos requerimientos y probablemente tampoco el tercero. Los estándares probabilísticos no superan el reto representado por las primeras dos condiciones. Ante este panorama, he descrito algunas alternativas, *prima facie*, plausibles. Estas alternativas satisfacen las dos primeras demandas de claridad y objetividad. Sin embargo, todavía no podemos considerar ninguna de ellas como estándar adecuado hasta que no contemos con información empírica mucho más significativa sobre la frecuencia en que producen errores. Pero al menos ahora sabemos cómo proceder.

Durante el reinado de Ethelred en el siglo XI, los jueces obligaban a los jurados ingleses a «jurar con sus manos puestas sobre algo sagrado que no condenarían a ningún inocente ni que absolverían al culpable»²¹. Siendo consientes, no podemos pedirles a los jurados de nuestra época que hagan un juramento en tales términos dado que deliberadamente hemos diseñado un sistema altamente tolerable a las absoluciones falsas. Un equivalente intelectualmente honesto y apropiado para la época moderna sería tener juzgadores de los hechos que juraran condenar a pocos acusados inocentes y, quizá, absolver a muchos acusados genuinamente culpables²².

²¹ BLACKSTONE, 1765-1769: 302.

²² Un juramento típico a nivel federal requiere que los miembros del jurado «solemnemente juren que tratarán el caso en cuestión correcta y sinceramente... y que emitirán un veredicto verdadero conforme a las pruebas y al delito correspondiente; así lo ayude Dios». (Véase por

Pero incluso un juramento como el anterior seguirá siendo inoperante hasta que implementemos un EdP que probablemente nos permita absolver a los inocentes la mayor parte del tiempo (en línea con *m*) y condenar a los culpables tan frecuentemente como podamos, en congruencia con el punto de vista de la sociedad acerca de los costos relativos de las absoluciones falsas y de las condenas falsas (*n*).

CAPÍTULO IV

LA INOCENCIA DEL ACUSADO, LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL ENREDO CON LAS CAUSAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

El supuesto explícito que rige el procedimiento penal es que la parte acusada es inocente. Fuerte y gloriosa es la oda que jueces y académicos entonan para glorificar tal principio. Sin embargo, los hechos y la práctica contradicen y desmienten este supuesto... El acusado en realidad no es tratado como si fuera inocente, y sería absurdo tratarlo como tal. El estado en que el acusado se encuentra es más bien dudoso, entre delincuente y no delincuente: si se le considerara inocente, entonces todo procedimiento en su contra debería suspenderse; de lo contrario, todo lo que ocurra en etapas sucesivas no es más que opresión e injusticia.

Jeremy BENTHAM (1743)

Si no consideramos a la presunción de inocencia como algo sagrado en nuestro sistema, ¿qué será entonces de nosotros?

Juez Reta STRUBHAR,
Tribunal de Apelaciones Penales de Oklahoma¹

ejemplo: *US v. Pintero*, 948 F2d pp. 698, 699 (11^o Cir., 1991). Esencialmente, este juramento aspira a producir veredictos válidos (recordemos «verdaderos conforme a las pruebas») y no veredictos verdaderos.

¹ *Flores v. State*, 1995 OK CR 31 (Okla. Crim. App., 1995).

En los dos capítulos anteriores hemos analizado los conceptos de estándar de prueba y beneficio de la duda. Es tiempo ahora de virar nuestra atención hacia los dos ingredientes restantes de lo que he denominado la *doctrina de la distribución del error*, a saber: la carga de la prueba y la presunción de inocencia². Si son comparados con los preceptos que ya hemos revisado, los que nos ocupan en este capítulo parecen ser menos complicados. La tesis principal de la carga de la prueba básicamente nos dice que el acusado no necesita probar nada, sino que es el Estado quien carga con la obligación plena de establecer la culpabilidad del acusado de modo que satisfaga el estándar de prueba apropiado. Por su parte, la presunción de inocencia instruye a los miembros del jurado en el sentido de que deben suponer que el acusado es inocente hasta, y a menos, que el Estado cumpla con su carga de la prueba.

Sin embargo, escondidas detrás de estas doctrinas aparentemente incontrovertibles yacen varias cuestiones seductoras para la epistemología jurídica. Trataré ambos conceptos en el mismo capítulo pues, aunque generalmente son considerados distintos entre sí, probablemente al lector ya se le habrá ocurrido que parecen ser algo más que los lados opuestos de la misma moneda. Si el Estado tiene la carga de la prueba entonces, alguien podría decir, está claro que al acusado se le presume inocente. Y viceversa, si genuinamente al acusado se le presume inocente de los cargos naturalmente se sigue que le corresponde al Estado derrotar dicha presunción probando precisamente que el acusado es culpable³. Entre las cosas que investigaremos se encuentra la pregunta de si estas doctrinas tradicionales no son más que reformulaciones redundantes del mismo tema subyacente o si, en efecto, son autónomas la una respecto de la otra. Pero antes de que podamos abordar este asunto debemos tener claro lo que cada una de estas doctrinas implica.

1. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ¿MATERIAL O PROBATORIA?

La presunción de inocencia (en adelante PdI) forma parte de ese puñado de doctrinas que son comunes en un amplio espectro de sistemas jurídicos.

² Agradezco a Ron ALLEN haberme motivado a completar este capítulo y por sus comentarios críticos una vez acabado. Una versión de este capítulo se discutió en la *Tenth Annual Conference on Analytic Philosophy of Law* en Austin, 2005.

³ A continuación tenemos la instrucción modelo para el jurado sobre la presunción de inocencia en el Estado de California: «El acusado en una causa penal es presumido inocente hasta que no se prueba lo contrario y, en caso de que se demuestre satisfactoriamente alguna duda razonable sobre su culpabilidad, el acusado tiene derecho a un veredicto de no-culpabilidad. Esta presunción deposita en el estado la carga de probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable» (CALJIC 2.90). Como es típico en las instrucciones al jurado que se dan en Estados Unidos, la presunción de inocencia y la carga de la prueba van de la mano.

Elevada a rango constitucional en países tan diversos como Francia⁴ o Argentina⁵, el precepto es un lugar común tanto en la tradición del derecho romano-germánico como en el *common law*. Sus antecedentes históricos se remontan a épocas tan lejanas como pasa con cualquier otra doctrina actualmente vigente en el derecho penal y en el derecho procesal penal. Incluso, algunos sostienen que la doctrina de la PdI se remonta al Deuteronomio (si hemos de creer en la opinión que la Corte Suprema de los Estados Unidos manifestó en el caso *Coffin*)⁶. En numerosas ocasiones, la Corte Suprema ha visto en la PdI un baluarte del sistema actual de impartición de justicia penal. En este sentido, en 1979, los magistrados STEWART, BRENNAN y MARSHALL insistieron en que: «Ningún principio se encuentra tan firmemente establecido en nuestro sistema de impartición de justicia como la presunción de inocencia que se le concede al acusado en cada proceso penal»⁷. De hecho, desde 1895 la Corte unánimemente sostuvo que: «El principio de que existe una presunción de inocencia a favor del acusado constituye una ley indubitable, axiomática y elemental, su aplicación es uno de los pilares de la administración de justicia penal»⁸. Esta idea de que la PdI es «indubitable», «axiomática» y que es «uno de los pilares» del sistema de justicia penal es como para dejarnos estupefactos. La Corte agregó en el caso *Estelle v. Williams* que la PdI «es un componente básico de nuestro sistema de justicia penal»⁹.

Bajo tales circunstancias, se esperaría que en la práctica y en la academia ya hubiese quedado razonablemente claro en qué consiste la PdI, cuándo y en qué punto del procedimiento se aplica, para quién es vinculante, así como qué relación tiene con otras doctrinas clave como la duda razonable, la carga de la prueba, el BdD y la noción de debido proceso en general. Sin embargo, resulta algo desconcertante descubrir que hay realmente poco consenso sobre el significado de PdI; que hay un ardiente debate alrededor de cuándo y a quién se aplica; y que los tribunales y los académicos no se ponen de acuerdo en si dicha doctrina se yergue sobre sus propios pies o si se trata más bien de una consecuencia obvia, y hasta trivial, del estándar de prueba (o quizá de la carga de la prueba).

Muchos consideran que su ámbito de aplicación es muy amplio. Por ejemplo, William LAUFER sostiene que el privilegio contra la auto-incrimi-

⁴ La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dice que: todo hombre es considerado inocente hasta no haber sido declarado culpable».

⁵ El art. 11 de la Constitución Nacional de Argentina insiste en que: «Toda persona acusada de un delito tiene el derecho a ser presumida inocente».

⁶ *Coffin v. US*, 156 US 432 (US, 1895).

⁷ *Kentucky v. Whorton*, 441 U.S. 786 790 (US, 1979).

⁸ *Coffin v. US*, 156 US 432: 453 (1895).

⁹ *Estelle v. Williams*, 425 US 501. 503 (1976).

nación, el derecho a guardar silencio, la regla sobre el descubrimiento de pruebas e incluso el derecho a recibir asistencia jurídica y el de confrontar a nuestro acusador, todos descansan en la presunción de inocencia y son reflejos de ésta¹⁰. Quizá esta opinión es algo exagerada, pero lo cierto es que de forma generalizada se piensa que esta presunción constituye el fundamento de la tesis de que la carga de la prueba en materia penal recae exclusivamente en la fiscalía y, a veces, que es la razón de ser o, al menos, lo que motiva la implementación del estándar BARD¹¹. En una ocasión, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha ido más lejos aún al insistir en que la PdI cuenta como «una prueba a favor del acusado». En este orden de ideas, un modelo de instrucción para el jurado que se emplea a nivel federal propone la flagrante idea de que la PdI, por sí misma, puede ser suficiente para producir una duda razonable acerca de la culpabilidad del acusado. Específicamente, dicha instrucción dice lo siguiente: «La sola presunción de inocencia puede ser suficiente para hacer que surja una duda razonable y para requerir que se absuelva al acusado»¹². Si la PdI por sí misma puede generar una duda razonable acerca de la culpabilidad y si la presencia de una duda razonable exige una absolución, los miembros del jurado que entendieran literalmente esta instrucción tendrían una duda razonable suficiente para absolver a *cualquier* acusado, sin importar lo inculpatario de las pruebas que pudiesen obrar en su contra (¿Realmente queremos que los miembros del jurado razonen diciendo: «Las pruebas

¹⁰ LAUFER, 1995: 333-334: «Pruebas de este valor, como un reflejo de la presunción de inocencia, pueden observarse en la regla acerca de la duda razonable, así como en una serie de salvoconductos sustantivos y procesales que discutiblemente presuponen la inocencia jurídica del acusado, por ejemplo, en el privilegio en contra de la autoincriminación y en el derecho a guardar silencio ya sea estando bajo custodia de la policía o durante la etapa del juicio oral; en el deber del Estado de revelar las pruebas exculpatorias; en el derecho a las pruebas obligatorias; en el derecho a confrontar a los testigos contrarios; y en el derecho a contar con una asesoría jurídica efectiva.»

¹¹ En el caso *Lego v. Twomey*, la Corte Suprema sostuvo que «un estándar de prueba severo es necesario, tal como se dijo en el caso *Winship*, para proteger al acusado contra las condenas injustas, al dar sustancia a la presunción de inocencia» (404 US 477: 486 (US, 1972)).

¹² (El énfasis es mío). En 1895, el magistrado WHITE escribió en una decisión unánime lo siguiente:

«El hecho de que la presunción de inocencia sea reconocida como una presunción jurídica y que sea caracterizada como *presumptio juris*, demuestra que es una prueba a favor del acusado. Dado que en todos los sistemas jurídicos las presunciones son tratadas como prueba para que tengan eficacia... la presunción de inocencia constituye una prueba a favor del acusado introducida por el propio ordenamiento en beneficio de aquél» (*Coffin v. US*, 156 US 432: 460 (US, 1895)).

Esto es inaudito, claramente la presunción de inocencia no constituye prueba exculpatoria alguna, sino simplemente una asunción o presupuesto. Aun si supusiéramos que la PdI, como pasa con las pruebas exculpatorias, inclina la balanza de la justicia a favor del acusado, este análisis deja totalmente abierta la cuestión de cuánto peso probatorio tiene la presunción de inocencia. Sin saber esto, un jurado se vería en bastantes apuros para determinar cuándo podrían prevalecer las pruebas inculpatorias ofrecidas por la acusación en caso de que prevalezcan.

en contra del acusado son contundentes, pero como me tomo en serio la doctrina de la presunción de inocencia, entonces, sólo por eso, existe una duda razonable»¹³).

Aparentemente, con base en el papel central que esta doctrina desempeña, la Corte Suprema ha revocado condenas en casos en los que el juez de primera instancia omitió instruir al jurado en relación con el significado de la PdI, lo que fue considerado por la Corte como un error suficiente para fundar la revocación del veredicto respectivo¹⁴. Sin embargo, en otras ocasiones, la misma Corte ha determinado que la omisión anterior no constituye un error grave con tal de que se haya instruido a los miembros del jurado acerca del significado de duda razonable^{14, 15}. De hecho, algunos de los integrantes del supremo tribunal son conocidos por argumentar que la PdI es una noción redundante (en lugar de «axiomática» o de «constituir un pilar del sistema») y que se sigue lógicamente del estándar de prueba¹⁶. Otros juzgados y tribunales de segunda instancia incluso han sugerido que los jueces instruyen a los miembros del jurado sobre la PdI no porque agregue algo diferente al principio que impone la carga de la prueba a la acusación, sino simplemente porque la instrucción sobre la presunción de inocencia hace las veces de un recordatorio de que la carga de prueba recae sobre el Estado:

Mientras que para el estudioso del derecho puede ser fácil comprender que la presunción de inocencia y la carga de la prueba que tiene la fiscalía son lógicamente similares, el ciudadano ordinario puede obtener una guía para comprender lo anterior precisamente mediante una instrucción del juez acerca de la presunción de inocencia¹⁷.

¹³ STAR-0-3 *Modern Federal Jury Instructions-Criminal* P 3.02. Interesantemente, parece que la Corte Suprema ha desechado la idea de que la presunción de inocencia, por sí misma, constituye prueba suficiente para garantizar una absolución. *US v. Fernández*, 496 F.2d 1294 (5^o Cir. 1974); y *US v. Dilg*, 700 F.2d 620 (11^o Cir. 1983).

¹⁴ *US v. Fernández*, 496 F.2d 1294 (5^o Cir. 1974); *US v. Dilg*, 700 F.2d 620 (11^o Cir. 1983).

¹⁵ *Kentucky v. Whorton*, 441 U.S. 786 (1979). La Corte Suprema explícitamente sostuvo que: «El no haber ofrecido una instrucción al jurado sobre la presunción de inocencia cuando dicha instrucción hubiere sido solicitada, no viola la Constitución» (*Ibid.*, p. 789). Una década después, el magistrado Byron White sería más enfático al expresar el punto: «No se requiere que el juez ofrezca una instrucción acerca de la presunción de inocencia en cada caso penal a los efectos de satisfacer las demandas del principio del debido proceso, ello debido a que dicha instrucción sólo ofrece un salvoconducto adicional a la instrucción constitucionalmente requerida acerca de la duda razonable» [*Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279, 111 S. Ct. 1246, 113 L. Ed. 2d 302, p. 319 (1991)].

¹⁶ Así es como en su opinión disidente, el magistrado John Paul STEVENS, expuso la cuestión: «La función de la instrucción sobre la presunción de inocencia consiste en dejar claro que la carga de persuasión reside enteramente en la acusación. La instrucción que requiere de una prueba más allá de toda duda razonable desempeña la misma función» [*Taylor v. Kentucky*, 436 US 478: 491 (1978)].

¹⁷ *Ibid.*: 485.

Tengo la esperanza de arrojar luces y quizá resolver algunos de éstos y otros enigmas relacionados.

Un buen lugar para comenzar es considerar la similitud — que anteriormente ya he explorado con otros fines — existente entre la forma en que la ciencia somete sus hipótesis a prueba y el procedimiento penal considerado en su totalidad como una forma de poner a prueba la hipótesis de la culpabilidad del acusado. La semejanza más obvia es que tanto la ciencia como el derecho procesal penal hacen muy difícil desacreditar la llamada hipótesis nula. En la ciencia, la hipótesis nula o la asunción por *default* es, por ejemplo, que no existe nexo causal alguno entre una cosa y otra. En el caso del derecho procesal penal, la asunción por *default* es que el acusado es inocente. Sin embargo, existe una analogía menos obvia, pero no menos importante, entre estas dos formas de indagación, y es la siguiente: así como en el caso de las pruebas clínicas que se practican para certificar si el consumo humano de cierto medicamento es seguro, el fracaso en los intentos de probar la eficacia de dicho medicamento no prueba su ineficacia, así también el fracaso del intento de la acusación por probar la culpabilidad del acusado no prueba que el acusado no cometió el delito que se le imputa. En cada caso, lo único que las pruebas muestran es que no fue satisfecho el EdP correspondiente. En términos más simples, el fracaso de probar X no prueba no-X. Argumentaré que lo que esto significa para el derecho es que la inocencia (entendida en el sentido de que el acusado no cometió el delito) escasamente figura en un proceso penal, como tampoco lo hace entre las posibles inferencias plausibles que puedan hacerse de una absolución. Y si la inocencia material no se asoma en el proceso, tampoco debería defenderse una interpretación de la PdI que afirma que debe presumirse que el acusado no cometió el delito que se le imputa. Nuestra ruta hacia estas conclusiones será algo tortuosa, así que trataré de exponer los pasos del argumento lo más claro que me sea posible.

1.1. ¿Cuándo y a quién aplica la presunción de inocencia?

Comienzo por el más fácil de los rompecabezas que habremos de intentar resolver: ¿en qué puntos del camino que marca la secuencia de eventos que ocurren a lo largo del procedimiento penal y a qué actores en esa secuencia se aplica la PdI? De manera ingenua podría pensarse que se presume inocente a una persona desde el momento en que la policía sospechó de ella por primera vez hasta que termina el juicio oral con el pronunciamiento de un veredicto (claro, si es que el caso en cuestión llega hasta esta etapa). Resulta igualmente erróneo pensar que todos aquellos que tienen que tomar alguna decisión respecto del acusado (jueces, Gran Jurado, fiscal, etcétera) de algún modo tienen el deber de presumirlo inocente.

Mientras que una interpretación tan general y amplia como la anterior es muy común en algunos países (al menos en teoría), la Corte Suprema ha dejado muy claro que en el procedimiento penal estadounidense la PdI se aplica sólo en la etapa del juicio oral y, dentro de ella, sólo al jurado o a cualquier otro juzgador de los hechos. En 1979 la Corte Suprema consideró una demanda colectiva interpuesta por varias personas del Estado de Nueva York. A las personas referidas se les negó la posibilidad de pagar una fianza, razón por la cual se encontraban preventivamente encarcelados en espera de su juicio. La demanda sostenía que las condiciones en que se encontraban las instalaciones de la prisión respectiva violaba sus derechos constitucionales, entre los cuales, se argumentó, se hallaba su derecho a ser presumidos inocentes hasta que no se probara lo contrario. Representando la opinión mayoritaria de la Corte, el aquel entonces magistrado asociado (*associate justice*), William REHNQUIST, escribió que la PdI simplemente no se aplicaba a los eventos externos a la etapa del juicio oral:

Sin duda alguna, la presunción de inocencia desempeña un papel importante en nuestro sistema de justicia penal... Sin embargo, este principio no tiene aplicación en la determinación de los derechos de una persona confinada a prisión preventiva antes de que comience su juicio¹⁸.

La Corte llegó a la conclusión anterior luego de un análisis del ámbito de aplicación y alcance de la PdI. En su opinión, la PdI no es una aseveración omnicompreensiva acerca de la inocencia de quien sea que haya sido acusado de un delito. En lugar de ello, constituye un mecanismo para establecer quién tiene la carga de la prueba en la etapa del juicio. La opinión mayoritaria sostuvo que «la presunción de inocencia... es una doctrina que establece quién tiene la carga de la prueba en los procesos penales; también puede servir como advertencia a los miembros del jurado de que decidan sobre la culpabilidad del acusado sólo sobre la base de las pruebas presentadas en juicio y no sobre la base de la sospecha que puede surgir del hecho de que el acusado haya sido arrestado, de que se le hayan imputado cargos, de que se le haya puesto bajo custodia policial o de algún otro asunto o información que no haya sido introducida como prueba en el juicio respectivo»¹⁹. La Corte Suprema de Louisiana argumentó de manera similar en los siguientes términos:

¹⁸ *Bell v. Wolfish*, 441 US 520: 533 (US, 1979). [*Leland v. Oregon*, 343 US 790: pp. 802-03 (1952)]. Aquí se reproduce el argumento que en su voto discrepante elaborara el magistrado Felix Frankfurter, un cuarto de siglo antes: «Si la presunción de inocencia se interpreta literalmente como si aplicara a todas las etapas previas a la del juicio respectivo, se vuelve imposible justificar la imposición de fianzas o la detención preventiva. Ambas instituciones constituyen restricciones impuestas al acusado, pese a la presunción de inocencia a su favor» [*Leland v. Oregon*, 343 US 790: 802 (1952)].

¹⁹ *Ibid.*

La presunción de inocencia es una guía para el jurado. Si fuera absoluta y operara en cada etapa del procedimiento, el acusado no podría ser encarcelado sino hasta después de la condena. No evita ser arrestado... Hay muy poca relación entre el derecho a que sea fijada una fianza y la presunción de inocencia. La presunción de inocencia opera en la etapa del juicio y protege al acusado de una condena, no contra el arresto (o la puesta bajo custodia).²⁰

Si la PdI no es más que un mecanismo para establecer quién tiene la carga de la prueba y una medida para prevenir al jurado de no realizar inferencias adversas a partir del hecho de que se ha instaurado un juicio penal en contra del acusado, entonces no tenemos ni la más mínima razón para aseverar que la PdI gobierna eventos externos a la etapa del juicio oral. Los tribunales se adhirieron a esta línea de argumentación cuando el Congreso aprobó una ley que prohibía la compra de armas de fuego a quien estuviera esperando la celebración de un juicio en su contra por un delito grave. Cuando se argumentó que esa ley violaba la PdI a la que todas las personas tienen derecho, los tribunales se mantuvieron firmes al sostener que la ley en cuestión era constitucional porque la PdI no aplica a eventos externos a la etapa del juicio, añadiendo que «vincular formalmente a alguien a un proceso penal por un delito que amerite pena de prisión por más de un año regularmente es indicativo de una propensión a la violencia...»²¹. En un caso similar, *Thorenson v. Estados Unidos*, el Tribunal de Apelaciones del Nove-no Circuito de Apelaciones también consideró constitucional una ley federal que prohibía a quienes estuvieran formalmente vinculados a un proceso penal portar armas de fuego en las fronteras entre los estados (de lo contrario considerada como actividad lícita)²². La Corte concluyó lo siguiente: «Nos parece poco razonable que el Congreso considere que existen buenas probabilidades de que una persona formalmente vinculada a un proceso penal por tal delito sea propensa al mal uso de las armas de fuego»²³. Estas decisiones no son precisamente la muestra de un respaldo absoluto a la tesis de que la PdI aplica incluso a eventos previos a la etapa del juicio.

Aunque existen muchos críticos (algunos pertenecientes a los más altos tribunales de diversos estados) de esta interpretación restringida del ámbito de aplicación de la PdI — críticos que piensan que la PdI acompaña al acusado durante toda la secuencia de decisiones que toman los diversos actores

²⁰ *State v. Green*, 275 So. 2d 184, p. 186 (La., 1973).

²¹ *US v. Craven*, 478 F.2d 1329 p. 1339 (6^o Cir. 1973).

²² La ley en cuestión es 15 USC, §902(c), que establece: «Será considerado ilícito para cualquier persona a quien se le esté siguiendo un proceso penal o que haya sido condenada por un delito que amerite pena de prisión que exceda de un año o que sea fugitiva de la justicia, embarcar o transportar cualquier tipo de arma de fuego o municiones, así como causar que cualquier tipo de arma de fuego o municiones sea embarcada o transportada».

²³ *US v. Thoresen*, 428 F.2d 654, 662 (9^o Cir., 1970).

del sistema de justicia — simplemente no pueden estar en lo correcto. Como se ha dicho, a lo largo del procedimiento se toman varias decisiones incompatibles con una interpretación amplia del ámbito de aplicación de la PdI. Considérense algunas de ellas: los policías que arrestan a Jones claramente no lo consideran inocente, ya que la noción de una *causa probable* impide el arresto de personas que probablemente sean inocentes del delito que se investiga. Por su parte, el Gran Jurado que vincula formalmente a Jones a un proceso penal permitiendo que le sean imputados los cargos respectivos, no puede estar presumiendo su inocencia. Su decisión de vincularlo al proceso indica que el Gran Jurado ha quedado satisfecho por el caso del fiscal de que Jones es probablemente quien cometió el delito. Cuando el ahora arrestado e imputado Jones solicita que se le fije una fianza, el juez que preside la audiencia respectiva tampoco puede encontrarse presumiendo su inocencia. Si lo hiciera, no estaría requiriendo que Jones deposite una cuantiosa suma para asegurar que se presentará a juicio; del mismo modo en que tampoco tendría la autoridad de ordenar la prisión preventiva de Jones hasta la terminación de su proceso. De hecho, en muchas jurisdicciones podría negársele la fianza a Jones — aunque se tratara del delito de homicidio — sólo si la acusación puede persuadir al juez de que las pruebas crean una «fuerte presunción» de la culpabilidad del acusado²⁴. Si la acusación logra este objetivo, produciéndose con ello que se niegue la fianza a Jones, ¿realmente queremos *seguir* sosteniendo que el sistema lo presume inocente? Como sagazmente opinó la Corte Suprema de California un siglo y medio atrás: «Si la imputación de cargos no estableciera tal presunción (de culpabilidad), no se justificaría la negación de una fianza ni la detención del acusado»²⁵.

Una vez que llega el momento del juicio oral contra Jones, aún aquí la PdI tiene un limitado rango de aplicación en términos de quiénes están obligados por este principio. Obviamente, el fiscal no lo está; al contrario, su responsabilidad consiste en presentar una historia en la que Jones parezca ser el culpable. Así mismo, el papel que le toca desempeñar al juez tampoco puede hacerse fácilmente compatible con la idea de que presume la inocencia material de Jones a lo largo del proceso. De manera más específica, cuando la acusación ha terminado la presentación de su caso, la defensa normalmente presentaría una moción de sobreseimiento argumentando la falta de pruebas suficientes que, de aceptarse, produciría directamente una absolución. Si el juez permite que el juicio oral proceda, como usualmente sucede, ello sólo puede hacerlo legalmente si cree que el caso de la acusación podría persuadir BARD a cualquier persona razonable de la culpabilidad de Jones. Esto significa que el juez que autoriza que el juicio continúe, ya ha determinado

²⁴ *State v. Konigsberg*, 33 NJ 366, p. 377 (1960).

²⁵ *People v. Tindler*, 19 Cal. 539, p. 543 (Cal., 1862).

—mucho antes de que el jurado se retire a deliberar— que sería enteramente razonable que alguien crea firmemente en la culpabilidad del acusado y, por tanto, que sería irracional creer que Jones no cometió el delito que se le imputa. Es claro que la decisión del juez en este punto del proceso todavía es compatible con un escenario en el que el jurado emita un veredicto que declare no culpable a Jones. Sin embargo, lo anterior no es suficiente para justificar la aseveración de que el juez presume que el acusado no cometió el delito en cuestión.

En breve, la única etapa en la que la PdI opera unívocamente es en el juicio oral propiamente dicho. Ya en esta etapa, los únicos obligados a creer en la inocencia de Jones hasta que comiencen las deliberaciones respectivas son los propios miembros del jurado. Pero, si el análisis de la siguiente sección es correcto, ni siquiera ellos están obligados a asumir que Jones es inocente en el sentido de que él no cometió el delito que se le ha imputado.

Se podría argumentar, y así lo han hecho algunos tribunales, que un sentido debilitado de la PdI podría encajar bien en las etapas previas al juicio oral²⁶. Si construimos el significado de la PdI de modo que sólo implique que el Estado tiene la obligación de probar algo antes de que pueda hacer avanzar al acusado en la vía de la justicia penal, en tanto que el sospechoso no necesita probar nada, podríamos entonces argumentar que la PdI nos proporciona la lógica para el requerimiento de que exista una causa probable para justificar la emisión de una orden de arresto o de registro, o para la imputación formal propia de esta primera etapa. En estas situaciones el Estado no está obligado a probar BARD la culpabilidad del acusado, sino sólo a mostrar que existe una razón plausible para registrar la casa del sospechoso, para intervenir sus comunicaciones, para imputarle formalmente por los cargos respectivos por vía de un citatorio o mediante la instauración de un Gran Jurado, etcétera. El problema con referirnos a estas decisiones como si en todas ellas se empleara una interpretación laxa del ámbito en que aplica la PdI (es decir, que se aplica incluso antes del juicio oral propiamente dicho), consiste en que cada etapa podría culminar con una determinación (de arrestar, registrar, negar fianza, etcétera) que resulta imposible de conciliar con la idea de que el acusado disfruta de un derecho permanente a que se presuma su inocencia hasta que un jurado decida condenarlo.

²⁶ Un tribunal de apelación del estado de Texas ha sostenido que: «la presunción de inocencia está implícita en el requerimiento de tener una causa probable». [*Lanes v. State*, 767 S.W.2d 789 796 (Tex. Crim. App. 1989)].

1.2. Clases de inocencia y de culpabilidad

Habiendo restringido nuestra atención al juicio oral y, dentro de éste, a los miembros del jurado, ahora podemos comenzar a explorar con precisión qué es aquello que los miembros del jurado deben asumir o presumir. Será útil recordar las dos nociones de inocencia y de culpabilidad que articulé en el capítulo I. En su momento dijimos que podíamos distinguir entre culpabilidad e inocencia materiales [culpabilidad (m) e inocencia (m)] y la culpabilidad e inocencia probatorias [culpabilidad (p) e inocencia (p)]. Existe una asimetría importante entre los dos pares de distinciones consistente en el hecho de que: a) mientras que de un veredicto de culpabilidad (p) puede inferirse (faliblemente) una aseveración de culpabilidad (m) —es decir, el sistema de impartición de justicia asume justificadamente que alguien cuya culpabilidad ha sido probada es genuinamente culpable— b) un veredicto de inocencia (p) (es decir, un veredicto absolutorio) no garantiza ninguna inferencia de inocencia (m). Ésta es, de hecho, la razón por la cual los jurados no emiten veredictos de inocencia, sino de no-culpabilidad, que indican que las pruebas han resultado insuficientes para sustentar una condena.

Ahora bien, no puede haber duda de que los ciudadanos de a pie (y por tanto, los miembros del jurado) interpretan «inocencia» como inocencia (m). Cuando el juez instruye al jurado en el sentido de que debe presumir que el acusado es inocente hasta que no sea probado lo contrario, los miembros del jurado casi seguramente interpretarán dicha instrucción en el sentido de que deben comprometerse con creer que el acusado no perpetró el crimen que se le imputa. Rara vez el juez especificará el significado que debe atribuirse a «inocencia» en la frase PdI presuponiendo (como más de un tribunal lo ha dicho) que «el término «inocencia presumida» tiene un significado autoevidente para el jurado lego»²⁷. (De paso, quiero hacer notar lo conveniente que resulta que tantos conceptos jurídicos fundamentales —entre ellos BARD y la PdI— sean considerados como autoevidentes para los miembros del jurado). Pero no sólo es que los miembros del jurado muy probablemente interpretarán la instrucción acerca de la PdI en el sentido de requerirles que crean en la inocencia (m) del acusado, sino que eso es precisamente lo que el sistema de impartición de justicia quiere que presuman (como lo veremos con mayor detalle después).

Sin embargo, es interesante percatarnos de que la versión de inocencia de los miembros del jurado, es decir, inocencia (m), constituye una

²⁷ Flores, 1995 OK CR 9 (Okla. Crim. App., 1995). Para opiniones similares véase: *State v. Perce*, 260 Kan. 859 (Kan., 1996).

categoría casi vacía en el derecho anglosajón. Desde el momento del arresto del acusado en adelante, virtualmente ninguna decisión contemplada entre sus posibles opciones una conclusión de inocencia (m). Como ya hemos visto, en ningún punto de decisión a lo largo del procedimiento penal (la decisión de la fiscalía de no imputar cargos, la decisión del Gran Jurado de no procesar, la decisión de un juez de desechar el caso por un acuerdo entre las partes, la absolución emitida por el jurado, un veredicto directamente emitido por el juez, o la revocación de una sentencia condenatoria en apelación) podemos hallar alguna determinación que nos permita inferir que el acusado fue encontrado inocente (m) — es decir, que no cometió el delito — o que así lo creyó aquel actor relevante a quien correspondió tomar la decisión respectiva. En lugar de ello, cada uno de estos puntos de decisión implica determinar si el caso en contra del acusado logró satisfacer el EDP apropiado. El fracaso de la acusación al intentar satisfacer el EDP correspondiente en ningún punto justifica aseverar la inocencia (m) del acusado.²⁸

Curiosamente, la única manera en la que el acusado puede asegurarse una decisión de parte del sistema que genuinamente implique su inocencia (m), consiste en ganar primero una absolución en materia penal y después en demandar y vencer al Estado en la arena civil argumentando una acción maliciosa de la fiscalía («malicious prosecution»). Ningún otro fallo o determinación hace las veces de un hallazgo de inocencia (m).²⁹ Podemos evidenciar lo irrelevante que para el proceso penal es la inocencia (m) del acusado, no sólo ante la ausencia de alguna determinación o decisión que implique que el acusado no cometió el delito que se le imputa, sino en la propia declaración inicial que éste debe rendir. Sin importar cuán firme lo sostenga, en esta formalidad procesal inicial, un acusado no puede declararse inocente, sino sólo culpable o *no-culpable*.

De hecho — y la ironía no debería pasarse por alto, ya que es muy significativa — la única ocasión en que en un típico proceso penal se alude a la inocencia (m) del acusado es, por ley y por tradición, cuando el juez emite su instrucción de apertura relativa a la Pdl. Normalmente esa instrucción se expresa en frases como «al acusado se le presume inocente» (modelo de ins-

²⁸ Algunos rastros de la inocencia (m) pueden hallarse en revisiones de condenas por *habeas corpus*, así como en casos civiles y penales en los que se alga un falso arresto o una falsa acusación. La poca frecuencia de estos casos constituye una prueba contundente que apoya la tesis de que el sistema de justicia penal estadounidense se muestra bastante indiferente a la inocencia (m) de quienes pasan por dicho sistema.

²⁹ En California existe una categoría jurídica de inocencia (m). Después de una absolución, cualquier acusado puede solicitar al juez que emita una resolución de «inocencia fáctica». La carga de la prueba recae en el solicitante, quien debe mostrar que no existe «causa razonable» para creer que haya cometido el delito por el que fue absuelto.

trucción de Virginia); o «el acusado se presenta ante ustedes como presunto inocente de todo delito» (Massachusetts).³⁰ La inocencia de la que hablan estas instrucciones no puede interpretarse plausiblemente como «inocencia (p)», es decir, como la ausencia de una prueba de culpabilidad. Como he dicho, los miembros ordinarios del jurado no interpretarán «inocencia» en un sentido diferente a «inocencia (m)», ya que «inocencia» para cualquiera que no sea abogado, no significa otra cosa más que uno no hizo lo que otros *allegan* que uno hizo.

Existen muchas voces provenientes tanto de la judicatura como de la academia que insisten en que el tipo de «inocencia» implicado en la Pdl es la inocencia (m). Por ejemplo, Laurence Tribe (1970: 404) ha escrito que la Pdl:

... representa algo más que una regla probatoria. Representa un compromiso con la proposición de que una persona acusada de un delito no tiene menos derecho que su acusador a la libertad y al respeto que recibiría cualquier miembro *inocente* de su comunidad.³¹

Numerosos académicos concuerdan con Tribe en que los miembros del jurado deberían presumir la inocencia material del acusado.³² Lo anterior sin importar que desde el momento en que el jurado recibe la instrucción de la Pdl en adelante, las referencias a la inocencia (m) desaparecen del panorama y rara vez vuelven a surgir a la superficie, a menos que el juez repita al jurado la instrucción relativa a la Pdl antes de que éste se retire a deliberar. En lugar de referencias a la inocencia (m) del acusado, vemos términos sustitutos como «no-culpable» o «absolución», los cuales no implican nada acerca de la inocencia (m). Más adelante en este capítulo ofreceré una conjetura de por qué tantos tribunales y académicos insisten en que los jurados deben asumir la inocencia (m) del acusado, aunque nada en la dinámica del juicio justifique realizar tal presunción. Por el momento, basta con notar nuevamente que la inocencia (m) es una especie de rueda desveneciada en la maquinaria de la justicia.

³⁰ No queda claro por qué en Massachusetts se piensa que es necesario asumir que el acusado es inocente «de todo delito». Lo más apropiado es que se presuma que el acusado es inocente de los delitos que le han sido imputados.

³¹ El énfasis es mío. El análisis que Laurence realiza de la noción de inocencia ha sido respaldado por las Cortes de distrito de los Estados Unidos (*Augustin v. Roemer*, 771 F. Supp. 1458 p. 1464 (D. La., 1991)). Es difícil para mí concebir lo que Tribe está pensando. ¿Acaso es posible que este autor se refiera a la detención, al arresto y a la prisión preventiva como ejemplos de la clase de «libertad y respeto» que concedemos a alguien que genuinamente es considerado «como un miembro inocente de la comunidad»? ¿Acaso otorgamos la misma «libertad» a aquellos acusados de un delito que la que otorgamos a quienes los acusan?

³² Véase, por ejemplo, KIRBY, 2002; LAUFER, 1995; SHERRARD, 2003; SUNDAY, 1989; THALER, 1978.

En esas raras ocasiones en que un juez resbala y sugiere a los miembros del jurado que su tarea consiste en determinar si el acusado es culpable o inocente (en contraposición a determinar si es culpable o no culpable), los tribunales de segunda instancia invariablemente decretan que constituye un error, argumentando — como lo ha hecho en varias oportunidades el Primer Circuito Federal — que «los jurados son llamados sólo a decidir si la acusación ha logrado probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, no si el acusado es inocente».³¹ Pero los tribunales superiores se pone todavía más nerviosos cuando algún juez sugiere al jurado que debe presumir que el acusado «no es culpable» en lugar de «presumir su inocencia». Cuando en el caso *Flores v. Oklahoma* el juez Clifford Hopper instruyó a los miembros del jurado en el sentido de que debían presumir que el acusado «no era culpable»³², los tribunales de apelación, furiosos, sostuvieron que la instrucción dada por Hopper fue «infame».³³

A efectos de explicar a los miembros del jurado por qué debían presumir que el acusado no era culpable, en lugar de presumir su inocencia, Hopper dijo que «hay un diferencia entre ser inocente y no ser culpable. Una persona puede ser hallada no-culpable y aun así puede no ser inocente. Del delito en todas las facultades de derecho del mundo), en opinión del tribunal de apelaciones, el juez de la causa cometió «un error que viola tanto la letra y el espíritu de la legislación de Oklahoma como la Constitución de los Estados Unidos».³⁷ La condena fue revocada con base en esta instrucción deficiente (la única voz disidente en el caso *Flores*, el magistrado Gary LUMKIN, sostuvo que la diferencia entre «ser presumido no-culpable» y «ser presumido inocente», «... desde el punto de vista de la carga de la prueba y de su posible impacto en el juicio, es apenas perceptible para un miembro del jurado promedio»)³⁸. La decisión de revocar la sentencia fue llevada ante la Corte Suprema, no obstante, ahí también fue confirmada.

³¹ *US v. Andujar*, 49 F.3d 16 p. 24 (1er Cir., 1995). Se añadió: «Repetimos aquí que, debido a los riesgos de confundir al jurado, las cortes distritales deben abstenerse, siempre que ello sea posible, de emplear la comparación «culpabilidad o inocencia» al emitir sus instrucciones para el jurado» (*Ibid.*).

³² La instrucción que dio el juez de la causa fue la siguiente: «Se les instruye a considerar que al acusado se le presume como no-culpable del delito que se le imputa... a menos que su culpabilidad quede establecida por pruebas que no dejen ninguna duda razonable al respecto, y esa presunción de no ser culpable continúa... a menos que cada alegato material... sea probado por pruebas que excluyan toda duda razonable» (*Flores v. State*, 1995 OK CR 9 (OKla. Crim. App., 1995)).

³³ El tribunal de apelación sostuvo que la instrucción del juez en el caso *Flores* sobre presumir que el acusado no es culpable, era una «infamia» (*Flores v. State*, 1995 OK CR 31 (OKla. Crim. App., 1995)).

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

Vale la pena destacar las tensiones implícitas en los casos mencionados. En el primero, *Estados Unidos v. Andujar*, aprendimos la lección de que los jueces deben decir al jurado que debe decidir si el acusado es culpable o no-culpable. Sin embargo, como ocurrió en el caso *Flores*, cuando un juez dice al jurado que debe presumir que el acusado no es culpable (en lugar de presumir su inocencia), se le tira firmemente de la cadena y los tribunales superiores insisten en que es la inocencia (m) del acusado, y no su no-culpabilidad, lo que se debe presumir. Así, lo que los miembros del jurado deben decidir (si el acusado es culpable o no-culpable) es algo totalmente diferente de lo que deben presumir (que el acusado es inocente (m)). En resumen, el propio acusado ha declarado no ser culpable (es decir, su no-culpabilidad o bien, su inocencia (p)). Y no que es inocente (m). Si el jurado lo absuelve, sus miembros estarían afirmando su inocencia (p), no su inocencia (m). Entonces, ¿por qué debería el jurado presumir su inocencia (m)? En más de una ocasión volveremos a esta tensión.

Mucho de lo dicho anteriormente es algo familiar. Aun así, dudo que los tribunales o los académicos hayan meditado detenidamente acerca de las implicaciones que tiene el hecho de que en ningún momento el sistema de impartición de justicia realiza determinaciones sobre la inocencia (m) del acusado. Las consecuencias de este confuso escenario se manifiestan claramente en nuestra comprensión sobre lo que la PDI significa, del trabajo que esperamos que realice y de la protección que este precepto está en condiciones de brindar al acusado.

1.3. Problemas con presuponer la inocencia material

Comenzaré con una crítica a la postura que sostiene que el juzgador de los hechos al inicio de la etapa del juicio oral debe creer que el acusado es inocente (m), es decir, que el acusado no cometió el delito que se le imputa. Según este punto de vista, al Estado le corresponde enteramente — si es que quiere asegurar una condena — persuadir al juzgador de los hechos para que cambie su creencia en la inocencia (m) del acusado, por una de alta confianza en su culpabilidad (m).

Esta premisa genera severos problemas conceptuales. Por ejemplo, ¿cuán fuerte debe ser la confianza inicial de los miembros del jurado en la inocencia (m) del acusado a efecto de satisfacer las demandas de la PDI? Un miembro del jurado no puede comenzar la etapa del juicio asignando una probabilidad de 1.0 a la inocencia (m) del acusado (y, por tanto, una probabilidad de 0.0 a su culpabilidad), ya que en ese caso, por razones

técnicas, sería imposible que cualquier conjunto de pruebas modifique la opinión inicial del jurado.³⁹ Algunos autores han argumentado que un jurado se ajustaría a los requerimientos de la Pdl siempre y cuando al emitir el juicio asigne una probabilidad mayor a 0,5 a la inocencia material del acusado. Por su parte, otros académicos sostienen que cualquier valor cercano al 0,5 sería demasiado débil para satisfacer las demandas de la Pdl. Por el contrario, sugieren que el valor apropiado de probabilidad debería encontrarse respondiendo a la siguiente pregunta: «¿Cuál es la probabilidad de que un ciudadano seleccionado al azar sea inocente (m) del delito en cuestión?»⁴⁰ En este caso, la probabilidad inicial de la inocencia material del acusado, aunque en efecto, inferior a 1,0, usualmente sería extraordinariamente alta. Pues bien, la evidente falta de consenso entre quienes interpretan la Pdl como un requerimiento para que los juzgadores de los hechos que adopten una hipótesis acerca de la probabilidad de la inocencia material del acusado (valor que puede hallarse dentro del enorme rango entre 1,0 y 0,5), en sí misma, sugiere que tenemos menos claro de lo que debería estar qué es lo que la presunción de inocencia (m) debe o puede significar.

Dejando de lado los tecnicismos sobre probabilidades, todavía quedan otros aspectos curiosos de la presunción de inocencia (m). En esencia, se le dice al jurado que debe adoptar una asunción o partir de un presupuesto —presumiblemente «asunción» o «presupuesto» significan una creencia— que consiste en que el acusado no cometió el delito. A los miembros del jurado no se les ofrece prueba alguna que respalde esta proposición. ¿Cuán realista es suponer que un miembro del jurado, o cualquier persona, forme sus creencias de esta manera? ¿Acaso podemos obligarnos a creer que X — en ausencia de pruebas o de argumentos a favor de la verdad de X — simplemente porque un juez nos ha informado que ése es nuestro deber? Lo dudo. Una cosa es que el juez nos dijera algo como «por mor del argumento, permítámonos suponer que Jones es inocente (m) de los

³⁹ Algunos tribunales han tenido la tentación de sugerir que la Pdl puede requerir que el miembro del jurado asuma que la probabilidad inicial de culpabilidad es de cero. En este sentido, la Corte Suprema de Connecticut opinó que: «Si asumieramos que la presunción de inocencia requiere que la probabilidad inicial de culpabilidad sea igual a cero, la probabilidad de autoría en un caso penal siempre sería cero, debido a que el Teorema de Bayes requiere que el índice de autoría sea multiplicado por una probabilidad previa positiva a los efectos de tener alguna utilidad. En otras palabras, el Teorema de Bayes sólo es funcional si la presunción de inocencia desaparece de nuestras consideraciones» (*State v. Skipper*, 637 A.2d 1101, 1107 (Conn., 1994)).

La Corte pudo haber concluido que la Pdl es viable sólo si permite que se asigne alguna magnitud positiva a la probabilidad de culpabilidad (m).

⁴⁰ Por ejemplo, Richard FARMANAW (2000: 885) escribe que: «Un miembro del jurado sensato comenzaría con valores de probabilidad inicial de culpabilidad no de 1:1, sino de 1:X, en donde X constituye un número grande, tal vez incluso del tamaño de la población entera de personas que pudieran haber cometido el delito en cuestión».

delitos que se le imputan, pero sólo hasta y a menos que descubramos lo contrario». Todos nosotros sabemos cómo opera este ritual conceptual y tenemos una extensa experiencia práctica en suspender la incredulidad sólo a efectos de ver hacia dónde nos podría conducir el seguimiento de cierta línea de inferencias. Sin embargo, suspender la incredulidad es algo menos exigente de lo que requiere la interpretación previa de Pdl. Esta interpretación demanda de nosotros no sólo que nos aproximemos al caso en cuestión *como si* el acusado fuera inocente (m), sino que aceptemos la postura de que lo es, hasta el momento, si es que alguna vez llega, de que la acusación nos haya persuadido de lo contrario más allá de toda duda razonable.

La importancia del emredo derivado de creer en la inocencia (m) del acusado se muestra de forma más nítida si consideramos una situación, lo suficientemente frecuente, en la cual los miembros del jurado absuelven y, sin embargo, siguen creyendo que el acusado probablemente cometió el delito que se le imputa. Obviamente, la anterior es una postura perfectamente coherente. La acusación logró persuadir a los miembros del jurado de que el acusado cometió el delito en cuestión, pero lo que pasa es que las pruebas presentadas no lograron satisfacer el estándar BARD. ¿Puede esta situación ser compatible con la presunción de inocencia (m)? Como ya hemos visto, las instrucciones que se dan al jurado invariablemente insisten en que sus miembros deben presumir que el acusado es inocente (y recordemos que es la inocencia material la que está en juego aquí) hasta y a menos que sean persuadidos BARD de que el acusado es culpable (m). Así es como una instrucción modelo a nivel federal pone el asunto:

La ley presume que el acusado es inocente de cuanto delito se le imputa. Por tanto, los instruyo a presumir que el acusado es inocente durante sus deliberaciones, hasta ese momento, si es que llega, en que estén satisfechos de que el gobierno ha probado la culpabilidad más allá de toda duda razonable.⁴¹

Esta instrucción anula la posibilidad de que un miembro del jurado pueda decirse a sí mismo hacia el final de sus deliberaciones: «creo que Jones cometió el delito (y que es, por tanto, materialmente culpable), pero no estoy persuadido de ello más allá de toda duda razonable». Claramente algo sospechoso está ocurriendo cuando las propias reglas del sistema no permiten que se dé esta posibilidad. Lo que los tribunales quieren es que los miembros del jurado no voten a favor de condenar a Jones a menos que

⁴¹ La instrucción fue propuesta por el Quinto Circuito en *U/S v. Walker*, 861 F.2d 810, p. 813 (1988).

su culpabilidad haya sido probada de acuerdo con el estándar de prueba relevante. Eso está muy bien. Pero cuando intentan manipular las cosas, a efectos de que este resultado se produzca, mediante una instrucción que diga que el miembro del jurado debe creer o suponer la inocencia (m) de Jones hasta y a menos que esté convencido BARD de su culpabilidad, los tribunales están confundiendo la lógica de la culpabilidad (m) con la lógica de la culpabilidad (p). El punto es sumamente importante y, a la vez, muy sutil. En el caso de cualquier deliberación por parte del jurado que culmina con una condena, es natural que sus integrantes lleguen a un punto en el que han decidido que Jones no es inocente (m), pero en el que todavía no han decidido si su confianza en la culpabilidad de Jones alcanza para satisfacer las demandas del estándar BARD. En otras palabras, los miembros del jurado creen que Jones cometió el delito en cuestión, pero todavía no están seguros de que cuenten con las pruebas suficientes para emitir una condena. Si ése es el caso, ¿por qué motivo debe instruirse al jurado a efectos de que crea en la inocencia (m) de Jones «hasta aquel momento, si es que alguna vez llega, en que esté satisfecho de que el gobierno ha probado su culpabilidad más allá de toda duda razonable»? Esta instrucción simplemente no es compatible con el hecho de que la ruta que va de creer en la inocencia (m) de Jones a creer que Jones es culpable (p) suele pasar por la etapa de creer que Jones es culpable (m) pero sin creer que es culpable (p).

Bajo el modelo que postula la inocencia material es como si en un momento determinado un miembro del jurado debe creer que Jones no cometió el delito que se le imputa y, al siguiente momento, no sólo cree que Jones lo cometió, sino que está firmemente convencido de ello BARD. Dudo mucho que ésa sea la forma en que razonan los agentes racionales. Si como parece adecuado suponer, un típico miembro del jurado se desplaza gradualmente de creer que Jones no cometió el delito — inocencia (m) — a creer que probablemente sí lo cometió — culpabilidad (m) — y finalmente a tener una certeza moral de que Jones hizo lo que se le imputa — culpabilidad (p) —, entonces debe haber un punto en el que el miembro del jurado ha abandonado su creencia en la inocencia (m) de Jones, pero en el que todavía no abraza la creencia de que la probabilidad de que Jones sea culpable (m) es lo suficientemente fuerte como para condenarlo. Esta instrucción modelo, como hemos dicho, anula precisamente esta posibilidad al insistir en que Jones sea presumido inocente (m) hasta aquel momento, si es que llega, en que los miembros del jurado estén persuadidos de su culpabilidad BARD.

Además de esto, y tomando en consideración una cuestión igualmente irritante, si los miembros del jurado realmente deben suponer la inocencia (material o probatoria) de Jones hasta el momento en que el jurado coloco-

tivamente haya alcanzado un veredicto, ningún miembro del jurado podría votar informalmente por una condena⁴, ya que ello violaría la instrucción de «presumir que Jones es inocente hasta que el jurado esté satisfecho de que es culpable más allá de toda duda razonable»⁵. Cuando las instrucciones modelo para el jurado son tan deficientes y confusas como éstas, apenas debe sorprender que el significado de la PdI permanezca tan poco clarificado.

Un tercer problema con presumir la inocencia (m) del acusado consiste en la falta de claridad respecto al contenido de la creencia que la PdI debería evocar en la mente de un miembro del jurado. Imaginemos que Jones enfrenta un juicio por asalto agravado a mano armada en contra de Smith. Si el jurado acepta la advertencia del juez sobre que debe procurar creer en la inocencia (m) de Jones, ¿qué es aquello que específicamente debe creer? ¿Acaso es suficiente con creer que Jones asaltó a Smith pero sin el uso de un arma? ¿Es suficiente creer que Jones probablemente le disparó a Smith pero que lo hizo sin intención? ¿Será suficiente que los miembros del jurado crean que Jones le disparó a Smith, que lo hizo intencionalmente pero que obraba en legítima defensa? De ser verdadera cualquiera de estas creencias sería suficiente para inferir la inocencia (m) de Jones). ¿O acaso la PdI requiere que los miembros del jurado crean que Jones jamás asaltó a Smith, que nunca apuntó ni disparó arma alguna en su contra, que no tuvo la intención de provocarle daño alguno y que Jones actuaba en legítima defensa, con sus capacidades mentales disminuidas y sin ningún tipo de negligencia? En otras palabras, ¿deben los miembros del jurado iniciar el juicio oral no creyendo en cada uno de los elementos que la fiscalía debe probar o es suficiente con no creer en al menos uno de dichos elementos? La respuesta convencional es, claro, la primera de las opciones anteriores. Sin embargo, si tomamos en serio esta propuesta, entonces la PdI demanda de los miembros del jurado que crean mucho más de lo que resulta de una interpretación literal de «presumir que Jones es inocente (m)». Después de todo, Jones sería inocente (m) siempre que *alguno* de los elementos clave que conforman la imputación sea falso. Peor aún, es imposible creer en *todas* estas cosas al mismo tiempo

⁴ *N. de los rr.*: Suele suceder que en el proceso de deliberación del jurado, sus miembros votan de manera informal varias veces a efectos de monitorear en qué estado se encuentra la deliberación y, de ese modo, poder continuar a partir de ese conocimiento.

⁵ Un tribunal de apelación de Texas ya ha notado este problema previamente: «Si todo miembro de un jurado, por ley, tuviera que creer que el acusado es genuinamente inocente con antelación a la emisión de un veredicto, entonces todo miembro del jurado tendría que creer que el acusado es inocente cuando se encuentre votando un veredicto particular. Y si cada miembro del jurado cree que el acusado es inocente cuando está emitiendo su voto, ¿qué clase de veredicto inevitablemente será?». (*Miles v. State*, 2004 Tex. App. LEXIS 9788 (Tex. App., 2004). La cursiva es mía.

(por ejemplo, creer que Jones le disparó a Smith en legítima defensa obviamente descartaría la creencia de que Jones no le disparó).

Interesantemente, ninguna de las instrucciones modelo ofrece alguna pauta para resolver estas tres preocupaciones. En concreto, estas instrucciones no le dicen a los miembros del jurado cuán fuerte debe ser su creencia en la inocencia (m) del acusado, ni cómo han de adoptar una creencia para la que no existe ninguna prueba, ni mucho menos cuántos de los elementos que conforman la imputación deben no creer. Estas interrogantes pueden ser sumamente intrigantes, pero todavía no nos conducen a la raíz del problema de la Pdl. Esta se halla en un nivel aún más profundo que nuestras dudas y preocupaciones derivadas de aceptar creencias sin ningún fundamento probatorio, de asignar arbitrariamente valores probabilísticos a las aseveraciones de inocencia (m) o de la falta de claridad acerca de cómo distribuir la inocencia entre los diversos elementos que conforman la imputación. El error principal en el que incurrirían estos usos promiscuos de la expresión «inocencia», que pueden hallarse tanto en las instrucciones modelo que se dan al jurado como en el tratamiento que la academia hace de la Pdl, consiste en la suposición de que la Pdl, *per se*, tiene algo que ver con diversas hipótesis acerca de la inocencia (m) del acusado. Argumentaré que, entendida adecuadamente, la Pdl debe requerir de los miembros del jurado, no que crean en la inocencia (m) del acusado, sino que crean en su inocencia (p) al comenzar la etapa del juicio oral en un procedimiento penal. Como el juez en el caso Flores, sostendré que la Pdl es una presunción de inocencia probatoria (es decir, una presunción de que la culpabilidad del acusado no ha sido establecida aún), y no una presunción de inocencia (m).

La anterior es una tesis controversial, de modo que tenemos que aproximarnos a ella con cautela. Para empezar, recordemos que una absolución no es una aseveración de la inocencia (m) del acusado. Al contrario, una absolución es plenamente compatible con que el acusado sea culpable (m). Como lo han enfatizado diversos tribunales de segunda instancia, una absolución simplemente asevera que el caso presentado por la fiscalía fracasó en su intento de satisfacer el estándar relevante de prueba⁴⁹. En otras palabras, una absolución es agnóstica con respecto a la culpabilidad (m) o inocencia (m) del acusado.

Si queremos un proceso justo para el acusado, esperamos que el juzgador de los hechos comience la etapa del juicio oral asumiendo que si no considera que la acusación ha presentado pruebas contundentes, entonces terminará

absolviendo al acusado. Queremos que desde el principio del juicio oral el juzgador de los hechos asuma que no cuenta con pruebas concluyentes de culpabilidad. Pero eso no es suficiente; el juzgador de los hechos debe asumir que, al iniciar el juicio, no hay prueba en absoluto. El miembro del jurado debe suponer que el hecho de que el acusado se encuentre encarcelado no suministra ninguna prueba pertinente acerca de su culpabilidad o inocencia. Tampoco son prueba de la culpabilidad o la inocencia del acusado los fragmentos de información de los que haya podido hacerse por otras fuentes. Si la acusación puede modificar la creencia de los miembros del jurado respecto a que la culpabilidad del acusado no ha sido probada, valiéndose para ello de la presentación de pruebas inculpatorias (no desacreditadas por la defensa), entonces el acusado debe ser condenado. Si la acusación fracasa en esta empresa, el miembro del jurado concluye el juicio oral exactamente donde empezó, es decir, creyendo que la culpabilidad del acusado no ha sido probada. Sin embargo, a diferencia del comienzo del juicio, ahora no tiene por qué suponer que no hay pruebas de su culpabilidad. En otras palabras, un miembro del jurado, justo y consciente de su deber, debería comenzar la etapa del juicio oral con la presunción plena de la inocencia probatoria del acusado (es decir, asumiendo que no se cuenta todavía con pruebas inculpatorias). Sostenen que, además de la inocencia (p) o en lugar de ésta, el miembro del jurado en el marco de un juicio justo debe también suponer la inocencia (m) del acusado, no es ni necesario ni apropiado.

Ya hemos visto por qué no es necesaria una creencia en la inocencia (m) del acusado: este tipo de inocencia no es presupuesto ni siquiera por el resultado más favorable que puede obtener un acusado en un proceso penal, la absolución. Es gratuito y no tiene sentido insistir en que al iniciar el juicio oral, el miembro del jurado adopte una creencia acerca de la inocencia (m) del acusado mucho más fuerte de lo que terminará aseverando en caso de votar por una absolución. Sin embargo, eso es precisamente lo que requiere una presunción de inocencia (m). En contraste, una presunción de inocencia (p) asume lo mismo sobre la inocencia del acusado al comenzar un juicio oral que lo que una absolución implica al término del mismo.

Pero la presunción de inocencia (m), además de no ser necesaria, tampoco es apropiada. Después de todo, al principio del juicio el miembro del jurado no cuenta con ninguna base para afirmar o negar la inocencia (m) del acusado. No conoce al acusado y no tiene idea de la clase de pruebas inculpatorias o exculpatorias que serán presentadas a lo largo del juicio oral. Peor aún, la presunción de inocencia (m) demanda del miembro del jurado que niegue aquello que de algún modo ya sabe: en resumen, que en el contexto de un procedimiento penal, las personas no llegan a la fase del juicio oral si la probabilidad de que sean culpables (m) es insignificante. Insistir en que el miembro del jurado debe iniciar la etapa del juicio oral convencido de que

⁴⁹ El Cuarto Circuito Federal explica que: «Un veredicto absolutorio sólo demuestra la ausencia de pruebas más allá de toda duda razonable; no establece necesariamente la inocencia del acusado» (15 v. *Asom*, 886 F.2d 736 p. 738 (4º Cir., 1989)).

el acusado es inocente (m), contradice la estructura elaborada y diferenciada por etapas del procedimiento penal. Esta insistencia actúa como si la decisión de abrir la etapa del juicio oral en contra del acusado fuese el resultado de una especie de mecanismo azaroso; y, de hecho, constituye un insulto a la inteligencia de los miembros del jurado. Por el contrario, instruir a los miembros del jurado en el sentido de que asuman que todavía no ha visto ni escuchado prueba alguna de la culpabilidad del acusado, refleja correctamente su situación epistémica y, por tanto, es una exhortación a que actúen con base en su buen juicio.

De forma clara y directa puede apreciarse que esta forma de construir el significado de la Pdl evita caer en los múltiples y extraños problemas, ya referidos, asociados con presumir la inocencia (m). En el caso de la Pdl(m), se debe decidir qué probabilidad o grado de confianza debe ser inicialmente asignado por parte del jurado a la hipótesis de que el acusado es inocente (m). No existe solución a este problema que no incurra en arbitrariedad. En cambio, la presunción de la inocencia probatoria puede permanecer sin pronunciarse a este respecto. De hecho, la presunción de inocencia probatoria implica que el miembro ideal del jurado es alguien que no tiene ideas preconcebidas acerca de cuál de las partes es más probable que prevalezca.

Sin embargo, algunos académicos notables, entre ellos el juez Richard Posner, piensan de otro modo. De manera más específica, y en el contexto de una discusión acerca de los vicios que pueden aquejar a los miembros del jurado, Posner ha argumentado que «idealmente, queremos que el juzgador de los hechos realice su labor partiendo de una probabilidad (expresada en forma de razón proporcional) de 1 a 1 de que el acusado o la acusación tienen un caso meritorio»⁴⁴. Obviamente sin usar mi terminología, Posner se está refiriendo a la modalidad probatoria de la culpabilidad y la inocencia, y no a su modalidad material. No hay ambigüedad en este punto, ya que el autor citado alude a la calidad del caso presentado y no a la inocencia o la culpabilidad materiales del acusado. Así, de acuerdo con Posner, un miembro ideal del jurado sería alguien que al inicio de la etapa del juicio oral supone que es igualmente probable que gane la acusación o la defensa. ¿Acaso una suposición de este tipo está implicada por la Pdl o es incluso compatible con ésta? Me parece que no. A continuación explico por qué pienso esto:

Todos partimos del supuesto de que el estándar de prueba en materia penal es muy exigente. Por mor del argumento, digamos que es de alrededor del 90 por 100. De modo que, para ganar un caso, el fiscal debe persuadir al jurado de que la culpabilidad aparente del acusado satisface dicho valor, cualquier valor inferior ameritaría una absolución. Ahora, si como sugiere

Posner, un miembro del jurado supone que es igualmente probable que la acusación gane o pierda, esto debe significar que dicho miembro del jurado cree que es igualmente probable que la culpabilidad aparente del acusado esté por encima del 90 por 100 o por debajo de este valor. Por su parte, lo anterior implica que — a menos que tengamos una distribución tremendamente bizarra de los valores o grados de culpabilidad aparente entre una muestra grande de acusados — la mayoría de éstos son culpables (m) [incluso si se asume que la mitad de dichos acusados son inocentes (p)]. Eso puede ser verdadero como generalización estadística de los casos que avanzan hasta la etapa del juicio oral; pero es seguro que no deseamos que los miembros del jurado comiencen un juicio oral creyendo que la mayoría de los acusados son culpables (m), especialmente no cuando (como actualmente) el estándar de prueba se encuentra definido en términos de un convencimiento subjetivo acerca de la culpabilidad. En breve, la estipulación de Posner sobre el miembro ideal del jurado consistente en asignar probabilidades iguales a la culpabilidad (p) y a la inocencia (p), no sólo carece de motivos, sino que se trata de una clara violación del espíritu, y quizá de la letra, de la Pdl.

Sería mucho mejor decir que un jurado justo y sobrio es alguien que tiene la mente abierta al resultado eventual del juicio y que no se siente obligado a — o piensa que ni siquiera está en condiciones de — asignar probabilidades (aunque éstas sean iguales) al resultado del juicio oral⁴⁵. Lo que importa es que un miembro del jurado reconozca que al iniciar el juicio no tiene prueba alguna de la culpabilidad del acusado y que, por tanto, carece de pistas para pronosticar cuál de las partes ganará. Ésta es una descripción acertada de la situación y cualquier miembro del jurado debería aceptar que es verdadera. Simplemente podría y, de hecho, debería tomarla como una caracterización obvia y correcta de la situación epistémica en la que se encuentra. Si tomamos esta rula, no necesitamos solicitar a los miembros del jurado que crean algo — por ejemplo, que el acusado es inocente (m) — sobre lo que no cuentan con pruebas.

Para ser claro: no estoy sosteniendo que debamos ser totalmente indiferentes a los puntos de vista que los miembros del jurado puedan tener sobre la inocencia (m) del acusado. Tener mucha confianza en que el acusado es culpable (m), antes de que el juicio oral de inicio, es una señal clara de que el potencial miembro del jurado está viciado y debe ser una causal para su

⁴⁴ Debemos dejar de abusar de la noción, inspirada en el teorema de Bayes, de que uno asigna, o debe asignar, cierta probabilidad aquí y ahora, a una extensa colección de estados de cosas futuros. Así como yo no tengo ninguna opinión respecto de si es probable que el próximo 23 de septiembre llueva a mediodía en Kuala Lumpur, así también un miembro sensato del jurado no debería estar dispuesto a asignar valores de probabilidad a los posibles resultados de un proceso que apenas comienza.

⁴⁵ Posner, 1999: 1514.

exclusión justificada. Sin embargo, y corriendo el riesgo de cometer una herejía, sostengo que una alta confianza en la inocencia (m) del acusado —de lo que precisamente nos habla la interpretación estándar de la Pdl— es igualmente una fuente problemática de vicios. Quien sea que al comenzar el juicio oral respectivo crea que ya cuenta con suficiente información sobre el caso como para formarse una opinión sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, es alguien sospechoso desde el punto de vista de su desempeño como juzgador de los hechos. Lo anterior no implica negar que un miembro del jurado, racional y adecuado para ese encargo, basado en la publicidad previa a la etapa del juicio oral y en cosas por el estilo, pueda tener alguna corazonada acerca de la inocencia (m) o de la culpabilidad (m) del acusado. Siempre que en estos casos la persona conceda que no cuenta con prueba alguna de la culpabilidad del acusado y que el veredicto debe depender sólo de las pruebas presentadas durante el juicio, entonces tenemos a alguien calificado para desempeñarse como miembro del jurado. El punto crucial es que el juzgador de los hechos debe estar dispuesto a aceptar, sin ninguna reserva, la tesis de la inocencia (p) del acusado, sin importar las hipótesis tentativas sobre la inocencia (m) o la culpabilidad (m) que puede haber considerado.

1.4. El error básico: confundir la confianza subjetiva del jurado con un estándar de prueba

En este capítulo he argumentado en contra de la postura que sostiene que los miembros del jurado deben comenzar el juicio con una fuerte creencia en la inocencia (m) del acusado. En lugar de ello, he sugerido que lo que deben creer es que la culpabilidad del acusado no ha sido todavía probada y que su aparición en juicio oral con tal carácter — como acusado — no constituye prueba alguna de su culpabilidad. Y dado que los miembros del jurado nunca son llamados a que afirmen la inocencia (m) del acusado, he defendido que pedir que se asuma esta clase de inocencia es, en el mejor de los casos, algo gratuito. Si, en retrospectiva, lo anterior parece obvio, es necesario descifrar por qué durante tanto tiempo se ha percibido como algo natural pensar que la presunción de la inocencia (m) del acusado es esencial para el debido proceso.

Supongo que el principal factor en operación ha sido la omnipresencia, especialmente en el derecho penal y procesal penal anglosajón (aunque no sin contar con su contraparte en los países de tradición romano-germánica), de cierto modelo de deliberación jurado/juez y del cambio de creencias que en el capítulo III he denominado la teoría del estándar de prueba subjetivo.

Recordemos que la opinión ortodoxa acerca del proceso de toma de decisiones del jurado, que es tanto descriptiva como prescriptiva, sostiene más

o menos lo siguiente: el juzgador de los hechos comienza (y debe comenzar) la etapa del juicio asignando un alto valor de probabilidad a la inocencia (m) del acusado [y, por tanto, un valor de probabilidad muy bajo a su culpabilidad (m)]. Se piensa que en el transcurso del juicio, cada miembro del jurado a la luz de las pruebas presentadas por la acusación y la defensa revisa constantemente sus estimaciones acerca de la inocencia (m) del acusado. Al llegar el momento de las deliberaciones finales, la única pregunta que el jurado enfrenta es si sus estimaciones sobre la culpabilidad (m) del acusado — a esas alturas, sometidas a múltiples revisiones — alcanzan o exceden el nivel establecido por el estándar de prueba. Si los miembros del jurado están firmemente convencidos de la culpabilidad (m); es decir, si no albergan duda razonable alguna de que el acusado es culpable (m); si su creencia en la culpabilidad (m) es del tipo de creencias sobre las que basaría decisiones importantes de la vida; entonces, como así se lo debió indicar el juez en sus instrucciones, debe condenar al acusado. De lo contrario, debe absolver.

Ya he argumentado a favor de desechar este modelo subjetivo del estándar de prueba. Necesitamos un estándar que realmente funcione como tal: es decir, un estándar que nos diga en el contexto de un juicio penal cuándo estamos en condiciones de considerar que la culpabilidad de una persona ha sido genuinamente probada. Si un estándar como éste estuviera implementado (y en el capítulo III propuse algunos candidatos plausibles), entonces no nos desviaríamos a creer que lo que ocurre en un juicio penal con antelación al pronunciamiento de una sentencia condenatoria es que la confianza subjetiva de los miembros del jurado se incrementa paso a paso hasta que sobrepasa cierto nivel preestablecido. Con un estándar de prueba apropiado en operación, nuestro foco de atención epistémica no serían las probabilidades cambiantes que los miembros del jurado atribuyen a la hipótesis de culpabilidad (m). En lugar de ello, nuestra atención estaría dirigida al punto en que los miembros del jurado deciden que el caso de la acusación exhibe los rasgos requeridos por el estándar de prueba. La Pdl que es apropiada en un contexto como éste no es una que presume la inocencia (m), sino la inocencia (p).

Antes de abandonar el tema de la Pdl, vale la pena que nos hagamos una pregunta empírica, en contraste con las cuestiones normativas de las que nos hemos ocupado hasta este momento. La pregunta específica es la siguiente: ¿cuál es la razón proporcional de personas genuinamente culpables contra personas genuinamente inocentes que llegan a la etapa del juicio oral? ¿Acaso la mayoría de quienes enfrentan un juicio en su contra son inocentes o la mayoría son culpables? Parece que esta última es la hipótesis más probable. Existe mucha evidencia anecdótica que la respalda. Muchas de esas anécdotas provienen de los abogados defensores, quienes seguramente tienen una idea mucho más precisa respecto a si sus clientes son culpables o inocentes.

La siguiente es la opinión al respecto de uno de los miembros más distinguidos de este gremio — Allen DERSHOWITZ (1982: xxi-xxii) —:

Regla I: Casi todos los acusados son, en realidad, culpables.

Regla II: Todos los abogados defensores, fiscales y jueces entienden y creen en la Regla I.

Aun así, para continuar sería preferible contar con algo más que con pruebas anecdóticas. Obviamente tenemos muy pocas pruebas directas en virtud de que la culpabilidad y la inocencia genuinas son inescrutables en la mayoría de los casos. Sin embargo, podemos realizar algunas inferencias plausibles a partir de los datos que disponemos. Comencemos por tomar nota de que la tasa de absoluciones en los Estados Unidos es del orden del 30-40 por 100 (aunque existen variaciones entre diversas jurisdicciones y entre diferentes delitos, la cifra panorámica ha permanecido estable por décadas). Partamos del punto medio — 35 por 100 — y veamos qué podemos concluir. La primera y más obvia inferencia (pero no necesariamente la más informativa) es que en opinión de los miembros del jurado (y en la de los jueces) la mayoría de los acusados son culpables. De hecho, su culpabilidad aparente es tan abrumadora que una clara mayoría ha sido hallada culpable BARD. Así que, si aproximadamente el 65 por 100 de aquellos que han ido a juicio oral fueron hallados culpables BARD, probablemente había muchos otros cuya culpabilidad aparente se encontraba por encima del 0.5 y quienes, por tanto, bien podrían ser culpables. Sin embargo, incluso los miembros del jurado mejor intencionados en ocasiones cometerán errores; de modo que inferir que *al menos* el 65 por 100 de los acusados es genuinamente culpable sería apresurado.

El estándar de prueba nos permite restringir un poco más la inferencia previa. En particular, el EDP nos proporciona un mecanismo para establecer un límite superior plausible a la proporción de acusados que son inocentes (m), suponiendo, claro, que los jurados emplean un EDP que produce alrededor de 10 absoluciones verdaderas por cada condena falsa y que las inferencias que los miembros del jurado realizan a partir de las pruebas presentadas son razonables. Con base en la interpretación más caritativa de los datos disponibles — caritativa en el sentido de que es la más favorable a la posibilidad de la inocencia — supongamos que los miembros del jurado no cometen errores al absolver a los acusados. Si suponemos lo anterior, al menos 35 de cada 100 acusados son inocentes (m). La hipótesis de que no se dan absoluciones falsas es altamente implausible, sin embargo, adóptemola dado que queremos encontrar la máxima proporción plausible de acusados inocentes (m) de entre quienes llegan a juicio oral. Tomando en cuenta el EDP, podemos inferir que otro 10 por 100 (es decir, alrededor de 4)

de quienes eran inocentes (m), fueron erróneamente condenados. Por tanto, bajo las circunstancias más favorables posibles, es plausible creer que un poco menos del 40 por 100 de los acusados son inocentes (m)⁴⁶. [De hecho, poco proporción real es probablemente mucho menor a la anterior, debido a que tenemos razones poderosas para esperar que al menos algunos de los absueltos eran culpables (m)].

Valdrá la pena tener presente este cálculo para otras secciones de este libro en las que discutiremos ciertas reglas procesales y probatorias. Lo que estará en juego en esa discusión es si debemos confeccionar las reglas probatorias de tal modo que hagamos concesiones adicionales a los acusados que enfrentan un juicio oral, por encima de las concesiones que ya están incorporadas en el EDP y a la PdI. En este punto necesitaremos recordar que, dado que la mayoría de los acusados son culpables (m), es más probable que tales concesiones o ventajas adicionales sean aprovechadas por quienes son culpables (m) que por quienes son inocentes (m).

2. LA CARGA DE LA PRUEBA

El *Onus Probandi* en materia penal consiste en la obligación de una de las partes de persuadir al juzgador de los hechos de que las pruebas presentadas por ella demuestran la hipótesis de interés al nivel requerido por el EDP. Normalmente, las hipótesis de interés serán aserciones acerca de la conducta del acusado que ejemplifican los «elementos» del delito establecidos en la legislación relevante. Para mayor simplicidad, podemos decir que la carga de la prueba implica el deber de probar dos hipótesis: *a)* Que el delito X fue cometido y *b)* que el acusado Y cometió el delito X.

De manera oficial, todo mundo está de acuerdo en que en materia penal la carga de la prueba recae explícita y exclusivamente en el Estado (en breve explicaré porqué digo «de manera oficial»). De acuerdo con esta postura, el acusado no debe probar nada y ni siquiera se encuentra obligado a ofrecer pruebas si elige no hacerlo. Aun en el caso de que el acusado sea totalmente pasivo, al jurado se le instruye a efectos de que absuelva a menos que el caso de la fiscalía alcance o exceda el nivel establecido por el EDP. Como sucede con la presunción de inocencia, con el estándar de prueba y con el beneficio de la duda, el principio de que la carga de la prueba recae en la fiscalía está diseñado para favorecer al acusado. Hacer al acusado inmune a la obliga-

⁴⁶ Alan GERARDY y Herbert SOLOWAN (1974: 35-36), empleando un tipo de cálculo diferente al mío, han estimado que la razón proporcional de los genuinamente culpables contra los genuinamente inocentes que llegan a la etapa del juicio oral es alrededor de 2/1.

ción de probar algo hace que sea más fácil asegurar una absolución; más fácil de lo que sería si aquél tuviera la obligación de probar su inocencia. Si no estuviéramos interesados en promover que se produzcan más absoluciones falsas que condenas falsas, haríamos lo que hacen los tribunales civiles. Es decir, emplear un EDP poco demandante y permitir que la carga de la prueba cambie continuamente entre las partes durante el proceso.

Si entendemos de esta manera la noción de la carga de la prueba, se vuelve evidente que existe una redundancia conceptual considerable entre la Pdl y el EDP. El EDP puede ser definido en los siguientes términos: «el acusado debe ser absuelto a menos que el Estado establezca que las pruebas sobre la culpabilidad del acusado satisfacen BARD (o cualquier otro estándar en operación)». En otras palabras, el estándar de prueba establece un nivel o grado de prueba; proporciona una regla de decisión para concluir o absolver, y (en la versión que he esbozado), establece que la carga de la prueba recaer en la acusación. Desde este punto de vista, es innecesario un principio adicional acerca de la carga de la prueba. Alternativamente podríamos ofrecer una definición más restringida del EDP del modo que sigue: «el acusado debe ser absuelto a menos que las pruebas de su culpabilidad excedan cierto nivel de exigencia». En esta formulación no queda tan claro en quién recae la carga de la prueba y probablemente necesite de una regla suplementaria que especifique que en el Estado recae tal carga. Pero si aceptamos el EDP y la Pdl, entonces la tesis de la carga de la prueba se vuelve superflua. Por el contrario, fusionar el EDP con la carga de la prueba no haría innecesaria a la Pdl, ya que ni el EDP ni el principio de la carga de la prueba hacen enteramente explícito que el acusado debe iniciar la etapa del juicio sin prejuicio alguno en su contra. En otras palabras, el componente de una «salida limpia» implicado por la Pdl no se encuentra explícitamente presente en la combinación del EDP con el principio de la carga de la prueba.⁴⁷ Así concebida, la Pdl constituye un dispositivo práctico importante que advierte a los miembros del jurado en el sentido de no atribuir ningún significado probatorio al hecho de que el acusado metafóricamente «esté en el calabozo». Sin embargo, bajo circunstancias normales, no se puede decir lo mismo del principio de la carga de la prueba, del cual podemos prescindir siempre que estén en operación un EDP demandante y una presunción de inocencia probatoria.

⁴⁷ De hecho, existe un modelo de instrucción al jurado que dice eso: «Les recuerdo que la imputación en sí misma no constituye prueba alguna. Simplemente describe qué cargos son imputados al acusado. Se trata de una acusación. No puede ser considerada por ustedes como prueba de la culpabilidad del acusado. Al determinar si el gobierno ha probado o no la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, sólo pueden considerar las pruebas introducidas durante el juicio, o bien, la falta de pruebas» (1-3 *Modern Federal Jury Instructions-Criminal* P 3.01).

2.1. El confuso caso de las causas excluyentes de responsabilidad penal

Desafortunadamente, las circunstancias no son siempre «normales». En muchos tribunales a lo largo de Estados Unidos y en otros países, existen numerosas situaciones en las que el acusado tiene la obligación no sólo de presentar ciertas pruebas relevantes (obligación a la que suele llamarse la «carga de producir pruebas» o «carga de producción»), sino también la obligación de probar ciertas aserciones exculpatorias que ha realizado en el transcurso del proceso. A estas situaciones generalmente se les alude como «excluyentes de responsabilidad», las cuales plantean un problema serio al proyecto de epistemología jurídica desarrollado en este libro.⁴⁸

Si recordamos algunas diferencias fundamentales entre los procesos civiles y los penales, podemos ver por qué las excluyentes de responsabilidad penal constituyen un reto. En los procesos civiles, las cargas de prueba y de producción de prueba rutinariamente vienen y van entre las partes contendientes a la manera de una pelota en un partido de tenis. En cambio, como hemos visto, la sabiduría convencional nos dice que en un proceso penal la carga de la prueba se posa fijamente sobre los hombros de la acusación. Como una instrucción federal modelo frasea la cuestión:

Como resultado de la declaración de no-culpabilidad del acusado, la carga de probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable se posa sobre la acusación. La carga *nunca* se traslada al acusado por la simple razón de que la ley *jamás* impone al acusado en un caso penal, la carga o el deber de llamar a ningún testigo o de producir prueba alguna.⁴⁹

Tristemente, en el derecho penal y procesal penal «nunca» casi nunca significa nunca. Los acusados en los tribunales estatales (donde tiene lugar la gran mayoría de las acciones persecutorias de delitos) son frecuentemente obligados a asumir una carga significativa de prueba si han de obtener una absolución a su favor. Procederé a describir algunos de los factores que conducen a la creación de una carga de prueba impuesta al acusado y después preguntaré lo que estas prácticas implican para la Pdl, así como para nuestra

⁴⁸ Otro importante, aunque inobjetable, conjunto de circunstancias en las que el acusado tiene la carga de la prueba, tiene lugar en la audiencia probatoria preliminar. Si el acusado pretende introducir cierta prueba, a lo que la acusación opone una objeción, corresponde al acusado demostrar —bajo el estándar de la preponderancia de las pruebas— que la prueba particular que pretende presentar cumple con los requisitos establecidos en las *Rules of Evidence*. En el capítulo 4 y me encargo de discutir la lógica de esta situación.

⁴⁹ 1-4 *Modern Federal Jury Instructions-Criminal* p. 4.01. El énfasis es mío.

preferencia por una determinada razón proporcional de absoluciones verdaderas contra condenas falsas.

Las excluyentes de responsabilidad no constituyen una rama arcaica del derecho penal⁵⁰. Estas pueden surgir cuando el acusado concede (o simplemente no disputa) la aseveración de la acusación respecto a que cometió los actos por los que ahora se le sigue un proceso, no obstante argumenta que no es culpable de delito alguno en virtud de que la ley específicamente excluye el castigo de las personas que se ven en su predicamento. Considérense algunas de las múltiples situaciones que se encuadran bajo la categoría de excluyentes de responsabilidad penal:

- Si Jones agrede a Smith porque este último está a punto de agredirlo primero o a alguien más o a punto de destruir una propiedad perteneciente a Jones.
- Si Jones agrede a Smith estando bajo un estado temporal e involuntario de inimputabilidad por hallarse intoxicado.
- Si Jones agrede o hace daño a Smith con el consentimiento de este último (quizá Jones está practicándole a Smith una cirugía a la cual se ha sometido o están teniendo relaciones sexuales consentidas).
- Si Jones agrede o hace daño a Smith en cumplimiento de su deber de aplicar la ley.
- Si Jones agrede o hace daño a Smith gozando de inmunidad diplomática.
- Si Jones agredió o hizo daño a Smith hace mucho tiempo y su delito a prescrito.

En estas y otras docenas de situaciones (unas 60 según mis cuentas), muchas jurisdicciones requerirán que si Jones ha de obtener una absolución, ha de probar su versión de los hechos (su historia) usualmente de modo tal que satisfaga el estándar de la preponderancia de las pruebas (PDLP), aunque a veces el estándar es BARD (lo cual es común en los casos en que se alega inimputabilidad por razones de enfermedad mental).

Al menos 11 estados cuentan con preceptos que requieren que el acusado pruebe su defensa (basada en una excluyente) de acuerdo con el estándar PDLP⁵¹. En Delaware, Georgia y Carolina del Norte, el acusado debe probar ciertas excluyentes «a satisfacción del jurado», lo que sea que eso signifique. Por su parte, en Kentucky las pruebas que se ofrecen para el caso de excluyentes de responsabilidad deben ser «convincientes», lo que sea que

eso signifique. Delaware, Georgia y Oregon han requerido que el acusado pruebe BARD la excluyente de inimputabilidad por razones de enfermedad mental, un requerimiento que asombrosamente ha sido respaldado por la Corte Suprema⁵². Sin importar la forma en que se definan estos estándares poco convencionales, es claro que todos ellos requieren que el acusado establezca mucho más que la mera y razonable posibilidad de que su excluyente es verdadera, lo cual asumo como el equivalente funcional de mostrar que existe una duda razonable en torno a su culpabilidad.

Las prácticas referidas generan problemas para la Pdl y para el principio de que la carga de la prueba corresponde a la acusación. Por ejemplo, ¿cómo es posible que digamos que los miembros del jurado presumen la inocencia (p) de Jones cuando éste tiene que probar algo para asegurar que recibirá una absolución? ¿Cómo podemos sostener que el acusado «nunca» tiene la carga de la prueba cuando para una clase entera de situaciones (las excluyentes de responsabilidad penal) se le impone precisamente una carga sustancial de prueba? Pero más importante aún, las eximentes de responsabilidad penal aientan contra la lógica que subyace a la implementación de nuestro EDP. Como argumenté en detalle en el capítulo III, en los procesos penales se implementa un EDP muy severo para la acusación por una muy buena razón: el consenso general de que como sociedad deseamos que el sistema opere de modo tal que se ejemplifique una razón proporcional alta de absoluciones verdaderas contra condenas falsas. Como vimos, la percepción compartida acerca de cuán frecuentemente estamos dispuestos a aceptar una condena falsa es lo que nos sitúa en condiciones de definir — sin incurrir en arbitrariedades — la altura o grado de severidad del tribunal para condenar a alguien. El problema con las eximentes de responsabilidad consiste en que la política de imponer al acusado una carga significativa de prueba (quien por ejemplo, puede argumentar que obró en legítima defensa) no respeta en absoluto los términos del contrato o consenso social anteriormente referido.

La cuestión que se yergue ante nosotros implica preguntar específicamente lo que este contrato o consenso social, a su vez, implica para el caso de las eximentes de responsabilidad que requieren al acusado establecer más que una duda razonable. La respuesta es clara: si un determinado Estado requiere que el acusado establezca cierta eximente (como la legítima defensa o el consentimiento de la víctima) al nivel de la PDLP (o incluso, a un nivel superior) ese Estado está dictando que condenar erróneamente a alguien que genuinamente obró en legítima defensa o con el consentimiento de la víctima no es una injusticia más grave que absolver a alguien que invoca

⁵⁰ Una muy buena discusión de las sutilezas filosóficas de las excluyentes de responsabilidad puede hallarse en BERMAN, 2003.

⁵¹ Alaska, Delaware, Illinois, Louisiana, Maryland, Ohio, Pennsylvania, Rhode Island, Carolina del Sur, Texas y Virginia del Oeste.

⁵² Véase *Rivers v. Delaware*, 429 US 877 (1976) and *Leland v. Oregon*, 343 US 790 (1952).

falsamente la legítima defensa. Si un Estado sostiene que un acusado que argumente inimputabilidad por razones de enfermedad mental debe probar dicha eximente bajo el estándar de pruebas claras y convincentes (dejemos de lado BARD), lo que en realidad está diciendo es que preferiría mucho más una condena falsa que una absolución verdadera.

Sostengo que los anteriores constituyen juicios de valor incoherentes. Ya es suficientemente negativo el hecho de que no respeten la tesis Blackstoniana de que las absoluciones falsas son menos costosas que las condenas falsas. Pero es aún peor el hecho de que conducirán a que el sistema produzca más condenas falsas de acusados inocentes que lo representado por la proporción *m*. El insulto se hace incluso más grande dado que al insistir en que el acusado puede obtener una absolución sólo si es capaz de probar su inocencia de acuerdo con un estándar relativamente alto, estos juicios valorativos atentan contra la PDI y contra el principio que impone a la acusación la carga de la prueba⁵³.

Tal vez sea útil considerar el siguiente par de ejemplos hipotéticos: Jones y Smith afrontan un juicio por asesinato en primer grado. Jones ofrece una coartada (que no es una eximente de responsabilidad penal en estricto sentido) para la cual presenta varios testigos que declaran haber estado con él en otro lugar al momento del delito. El juez instruirá al jurado diciéndole que para absolver a Jones sólo necesita hacer que surja una duda razonable de que estuvo en la escena del crimen. Por el contrario, Smith argumenta haber obrado en legítima defensa. En muchas jurisdicciones (aunque no a nivel federal), Smith debe presentar las pruebas suficientes que hagan más probable que haya obrado en legítima defensa a que no lo haya hecho así. A menos que haga lo anterior, puede ser que sus pruebas sean excluidas o, de ser admitidas, el juez puede elegir no dar al jurado la instrucción relativa a la legítima defensa. Así, Jones y Smith, acusados por el mismo delito, afrontan panoramas diferentes. Jones será absuelto si es capaz de crear una duda razonable de su culpabilidad. En cambio, Smith será condenado si lo único que puede hacer es crear una duda razonable; debe probar que la proposición relativa a que obró en legítima defensa es más probable que la proposición que lo niega.

Para nosotros, el asunto crucial consiste en los mensajes que el sistema de justicia está enviando en este par de ejemplos. En el proceso contra Jones,

el mensaje — implícito en el estándar BARD — es que es mucho mejor absolver al culpable que condenar al inocente. En contraste, en el juicio contra Smith el mensaje del que no se puede escapar es que condenar al inocente y absolver al culpable son igualmente indeseables. Procesos como el de Jones garantizan que la mayoría de acusados inocentes serán absueltos. Procesos como el seguido contra Smith no garantizan tal cosa; lo que sí garantizan es que alrededor de la mitad de los acusados inocentes serán condenados.

La pregunta pertinente es simple: ¿cuál es el principio que permite diferenciar entre estos casos que justificaría tan discrepantes estimaciones acerca de los costos relativos de los errores y tan divergentes evaluaciones sobre la importancia de absolver a los genuinamente inocentes? Jones, es cierto, niega que cometió un acto que el Estado está obligado a probar; mientras Smith está concediendo que sí cometió el acto, aunque argumenta que su comportamiento estuvo justificado y puede invocar un precepto específico que estipula que la legítima defensa constituye una causa plena de exclusión de responsabilidad penal que justifica lo que hizo. Si las acciones de Smith en efecto constituyeron una legítima defensa, entonces es tan inocente — desde los puntos de vista jurídico y moral — como Jones (de ser cierta su coartada). Pero cuando el Estado insiste en que Smith debe probar que es más probable que haya actuado en legítima defensa, está diciendo que condenar a un inocente como Smith sería un error mucho menos costoso que condenar a un inocente como Jones. Esto es una tontería. Si el término «inocencia» ha de tener un significado unívoco, y sólo un caos se sigue de no ser así, entonces tenemos que adherirnos a la postura de que condenar a una persona inocente (*m*) acarrea los mismos costos que aquellos asociados a los casos de condenas erróneas, independientemente de los atributos que la hacen ser inocente (*m*). De igual manera, absolver a una persona culpable (*m*) generalmente acarrea los mismos costos, ya sea que el acusado invoque una eximente de responsabilidad o simplemente niegue su culpabilidad. Sostener que condenar al inocente es, en ocasiones, mucho peor que absolver al culpable, mientras que en otros casos condenar al inocente no es peor (y quizá incluso mejor) que absolver al culpable, implica caer en balbuceos incoherentes; aún peor, es algo injusto.

Puede ser verdad, como frecuentemente se comenta, que los parlamentos locales están, constitucionalmente hablando, en libertad de permitir o no permitir ciertas eximentes de responsabilidad penal, dado de que son quienes escriben la ley sustantiva. Tal vez, algunos parlamentos decidan que la inimputabilidad por razones de enfermedad mental o el consentimiento de la víctima no serán reconocidas como circunstancias eximentes legítimas. Pero si el parlamento en cuestión reconoce que actuar en legítima defensa o con el consentimiento de la víctima excluye la responsabilidad penal de dichos actos, entonces ese parlamento no tiene razones válidas para obligar

⁵³ JERRIES y STEPHAN (1978: 1347) no pueden entender por qué alguien diría las cosas que aquí digo. Estos autores nos dicen: «Estos dispositivos (las presunciones y las excluyentes de responsabilidad) han existido por un largo tiempo y en ese lapso no han sido percibidas, ni ampliamente condenadas, como invasiones o intrusiones a la presunción de inocencia.» Sin embargo, la ausencia de un escarabajo público parece ser un criterio bastante endeble para evaluar cualquier política pública.

al acusado a que pruebe que probablemente actuó bajo tales circunstancias eximentes. BARD, o cualquier otro estándar de prueba en materia penal, debe ser el estándar que gobierne esos procesos si se desea que haya un alto grado de coherencia epistémica en el sistema de impartición de justicia⁵⁴. Argumentos similares se aplican a la mayoría de las otras causas de exclusión de responsabilidad penal⁵⁵. Desde hace mucho tiempo, la Corte Suprema decidió que la constitución de los Estados Unidos no pone ningún obstáculo para que los parlamentos locales definan el EDP que más les convenga en relación con las eximentes de responsabilidad penal. Como no soy un abogado constitucionalista, ni siquiera intentaré argumentar en contra de esta cuestión. Sin embargo, una cosa es decir que una política de esa naturaleza sería permisible bajo el marco constitucional vigente y, otra muy diferente, decir que tal política sería coherente desde el punto de vista epistémico. Lo que he querido sugerir es que, independientemente de lo que sea que la constitución permita o prohíba en este punto, no existe una lógica o serie de principios válidos que justifiquen imponer una carga positiva de prueba en los hombros del acusado para los casos de inimpugnabilidad por razones de enfermedad mental, legítima defensa o consentimiento de la víctima.

A veces se dice que no se debería montar tanto escándalo por esta anomalía, pues el hecho de que el acusado tenga la opción de invocar la legítima defensa — aun cuando él mismo tenga que probarla — ofrece más protección de la que ofrecería un escenario en que esta causal ni siquiera se reconociese como un factor excusatorio⁵⁶. Siguiendo este argumento, muchas legislaturas acuerdan permitir la existencia de excluyentes de responsabilidad penal sólo porque imponen una carga significativa de prueba al acusado. Puede que estén en lo cierto; sin embargo, ello no invalida la observación de que esa actitud de parte de los parlamentos, o de parte de quien sea, refleja una pobre comprensión de las razones por las que establecemos los diferentes estándares de prueba al grado de severidad que tienen.

⁵⁴ Como UNDERWOOD (1977: 1322), acertadamente sostiene: «Los costos de las condenas erróneas y de las absoluciones erróneas no son diferentes sólo por el carácter del acusado».

⁵⁵ Digo a la «mayoría» porque creo que existen unas cuantas excluyentes en las que el cálculo de los costos de los errores y la razón proporcional de absoluciones verdaderas contra excluyentes debe ser diferente de las estimaciones usuales. Por ejemplo, considérese el caso de la excluyente que tiene que ver con la prescripción de la acción penal. En este escenario, el acusado concede que cometió el delito, no ofrece justificación excusatoria alguna para haberlo hecho; simplemente dice que el tiempo se ha acabado para proceder penalmente. En dichos casos, BARD o algún otro estándar severo, serían inapropiados en virtud de que en casos como el del ejemplo, no se pone al genuinamente inocente en riesgo [ya que el acusado es genuinamente culpable (m)]. Argumentos similares podrían emplearse para el caso de la inmundicia diplomática.

⁵⁶ Por ejemplo, JEFFRIES y STEPHAN (1978: 1356) han argumentado que: «trasladar la carga de la prueba al acusado en ocasiones es políticamente necesario para garantizar el proceso de reforma legislativa. Parece entonces muy probable que la prohibición de este dispositivo procesal inhibiría la reforma e induciría una regresión en el derecho procesal penal».

Volcan 2012 114

PARTE II

REGLAS INADECUADAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO Y LA PRUEBA

El debido proceso no exige que se adopten a cualquier precio todas las medidas concebibles para eliminar la posibilidad de condenar a una persona inocente.

Byron WHITE,
Magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

CAPÍTULO V

UNA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA Y DE LOS PROCEDIMIENTOS

Gran parte del derecho probatorio está conformado por reglas que excluyen pruebas relevantes.

McCORMACK¹

[Un] proceso penal es cualquier cosa menos una simple búsqueda de la verdad. Cuando los abogados defensores presentan a culpables — como hace la mayoría gran parte del tiempo — su responsabilidad es intentar, por todos los medios legítimos y éticos, evitar que la verdad sobre la culpabilidad de su cliente emerja.

Alan M. DERSHOWITZ²

Ninguno de los conceptos analizados hasta ahora — el estándar de prueba, la carga de la prueba, el beneficio de la duda o la presunción de inocencia — inciden en la reducción global de veredictos erróneos. Todos están dirigidos a aumentar la probabilidad de que cuando se produzcan errores, éstos sean absoluciones falsas y no condenas falsas. A partir de aquí, dejaremos de lado la distribución de errores — lo que llamo el núcleo blando de la epistemología jurídica — y me centraré en su núcleo duro: la reducción de errores. En los siguientes cuatro capítulos se examinarán diversas reglas

¹ McCORMACK, 1972: 121.

² DERSHOWITZ, 1996: 166.

específicas, prácticas y procedimientos que constituyen grandes obstáculos para los objetivos parciales de buscar la verdad y evitar el error. En este capítulo, nuestro cometido será más amplio y más teórico.

En las facultades de derecho y en los libros de texto jurídicos existe la antigua tradición de marcar un límite preciso entre las reglas de la prueba y las del procedimiento penal. Es más, el derecho probatorio y el procedimiento penal generalmente son asignaturas distintas e impartidas por especialistas diferentes. Por el contrario, yo centraré mi atención en ambas. Una vez argumentado que en epistemología jurídica la distinción entre los principios de la reducción de errores y los de la distribución de errores, y no entre la prueba y los procedimientos, es fundamental, creo que una incompreensión de la importancia de esta distinción explica por qué tanto en la teoría de la prueba como en la teoría sobre el procedimiento se confunde — algunas veces incluso fusionando — lo concerniente a la reducción de errores y lo concerniente a la distribución de errores. En mi opinión, esto es un grave error, dado que la mayoría del derecho procedimental y del derecho probatorio deberían ser parte del núcleo duro de la epistemología jurídica y no de su núcleo blando.

1. UNA META-REGLA PARA LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

El diagrama clave del capítulo III (fig. 3.3) muestra cómo moviendo el estándar de prueba se puede influir en la distribución de errores. La misma figura puede ser útil cuando se discute sobre las reglas probatorias y procedimentales. El diagrama muestra dos curvas que representan respectivamente la distribución de los aparentes culpables entre los genuinamente inocentes y la de los aparentes culpables entre los genuinamente culpables. Dado que esas curvas se superponen parcialmente, enfrentamos el problema de las absoluciones falsas y de las condenas falsas. Algunos culpables parecerían más inocentes que otros genuinamente inocentes y, por supuesto, también algunos inocentes parecerían más culpables que otros genuinamente culpables. En tanto que esas curvas se superpongan parcialmente, el jurado — aun cuando sea bien intencionado y sagaz — llegará a conclusiones erróneas sobre la culpabilidad y la inocencia de algunos acusados. Tales inferencias no reflejan errores imputables al jurado que, supongamos, es muy cuidadoso y

racional en sus valoraciones. Por el contrario, tales errores reflejan el hecho de que las pruebas disponibles no siempre ofrecen una representación fiel de la culpabilidad y de la inocencia.

Aunque el problema de cierto grado de superposición entre las dos curvas no tiene solución — en el sentido de que siempre existirá al menos una mínima superposición dado que las pruebas son incompletas y el razonamiento humano fallible —, se podría disminuir ampliamente la magnitud del problema si imaginariamente «redujeramos la superposición» de las dos distribuciones. En la figura 3.3, los puntos más altos de las dos distribuciones estaban relativamente cerca. Como se ha visto, mover el estándar de prueba ya sea a la derecha o hacia la izquierda, no cambia la superposición entre las dos distribuciones. Para ser más específicos, mover el estándar de prueba hacia la derecha no incrementa los verdictos correctos. Por el contrario, como se vio en el capítulo III, su efecto principal es dar una proporción de absoluciones verdaderas a condenas falsas diferente de la proporción que nos daría un estándar menos exigente. Pero supongamos que podemos mover hacia la izquierda el punto más alto de la curva, que representa a los genuinamente inocentes, y la curva de los genuinamente culpables hacia la derecha. La superposición entre los extremos de las dos curvas no puede desaparecer completamente, sin embargo, habría muchos menos casos de sujetos que son genuinamente inocentes y que parecen tan culpables como muchos de los genuinamente culpables y viceversa. Es más, si no movemos los puntos medios de las dos curvas de forma independiente podemos imaginar que la extensión (o la variación) asociada a cada curva disminuya. Una vez más, el resultado sería una menor superposición entre los genuinamente inocentes y los genuinamente culpables.

En la vida real, el equivalente a estos ejercicios geométricos es mejorar nuestras prácticas probatorias. Cuanto más sólidas y completas sean las pruebas que se presenten ante el jurado, más grande será el espacio entre los puntos medios de las dos distribuciones, reduciendo así el área de superposición entre ellas. Como Michael DEKAY (1996: 97) ha enfatizado: «Cualquier cosa que haga parecer más culpable a un acusado que es genuinamente culpable o menos culpable al acusado que es genuinamente inocente, separa las curvas e incrementa la corrección». Por el contrario, si adoptamos procedimientos epistemológicamente dudosos o reglas probatorias inadecuadas, las áreas de superposición bajo las curvas estarán incluso más superpuestas de lo que ilustra la figura 3.3. Para los jurados sería cada vez más difícil distinguir al genuinamente culpable del genuinamente inocente.

Es posible plantear de forma diferente el mismo punto fundamental: si estamos interesados en reducir la frecuencia de las condenas falsas hay exactamente tres maneras de hacerlo. Una de ellas es procesar a menos personas

N. de los TT.: El autor obviamente hace referencia a la situación estadounidense. En los países de tradición romano-germánica es común que la regulación probatoria sea objeto de estudio junto con las reglas procedimentales (conformando el ámbito de estudio del derecho procesal). Sin embargo, ello no ha redundado en una mejor percepción del impecato mutuo en problemas como los abordados aquí.

genuinamente inocentes. En abstracto esto suena muy bien, sin embargo, es totalmente inviable dado que nunca podemos estar totalmente seguros de quién es genuinamente inocente y quién es genuinamente culpable. Una solución más viable es mover el estándar de prueba incluso más hacia la derecha de lo que habíamos considerado hasta ahora. Si optamos por esto, pagaremos dos costos: un dramático incremento en la proporción de las absoluciones verdaderas a las condenas falsas (por encima del ya establecido en el contrato social), así como un posible incremento tanto en la frecuencia de las absoluciones falsas como en el rango global de errores. Afortunadamente existe una tercera forma de reducir las condenas falsas — incrementando el poder discriminatorio de las pruebas — que no exige ninguno de esos sacrificios. Esto consiste en dos estrategias: *a)* aumentar la calidad y cantidad de las pruebas que el jurado conoce, y, *b)* diseñar mecanismos adecuados para identificar veredictos erróneos.

Esto que en abstracto parece sencillo pudiera ser condenadamente difícil en la práctica, por supuesto. Pero no es tan difícil como pudiera imaginarse, considerando que ahora estamos preparados para insistir en el uso de reglas probatorias y procedimentales que aumenten la probabilidad de que el jurado pueda distinguir entre los genuinamente culpables y los genuinamente inocentes. Dicha política implica algunos costos, como se verá en los capítulos posteriores. Los costos implicados no son epistémicos. (Concretamente, la adopción de reglas que hagan más probable que el jurado sea capaz de diferenciar correctamente a los genuinamente culpables de los genuinamente inocentes algunas veces exigirá la reconceptualización de ciertos derechos otorgados al acusado. Esto también implica que los tribunales deben renunciar a la cuestionable práctica de usar las reglas probatorias y procedimentales para vigilar la conducta de la policía).

Con esto nos estamos refiriendo a la tierra prometida para los epistemólogos: la reducción del error. Todo lo que podamos hacer para aumentar las probabilidades de que los genuinamente culpables sean tenidos como culpables y los genuinamente inocentes sean tenidos como inocentes, reduce la probabilidad global de los veredictos erróneos. Esta debería ser la función principal de las reglas probatorias y procedimentales para asegurar, tanto como sea posible, que la aparente culpabilidad del acusado sea un buen indicador de su genuina culpabilidad o inocencia. El objetivo del experimento mental que se está proponiendo será la identificación de un conjunto de reglas procesales que reduzcan la superposición entre las dos distribuciones mencionadas, en la medida en que nuestras actuales técnicas forenses y de investigación permitan.

Con esto sólo estoy diciendo que el objetivo principal de las reglas probatorias debe ser reducir la superposición en cuestión. Está claro que muchas

de las actuales reglas no lo hacen. Por el contrario, como veremos detalladamente en los próximos cuatro capítulos, cargamos con un conjunto de reglas y procedimientos que hacen mucho menos de lo que podrían, y deberían hacer, para ayudar al jurado a diferenciar a los genuinamente culpables de los genuinamente inocentes. Es bien sabido que la mayor parte del derecho probatorio en los países del *common law* (especialmente en Estados Unidos) consiste en un gran número de reglas que excluyen del conocimiento del jurado pruebas relevantes. En algunas ocasiones tales exclusiones epistemológicamente tienen sentido. Si, por ejemplo, descubrimos que existe un determinado tipo de pruebas relevantes (*V.gr.* el testimonio de oídas) cuya importancia puede ser sobrestimada por el jurado, entonces su exclusión sería apropiada, puesto que otorgar a las pruebas un peso mayor al que merecen desvanece aún más los límites entre las dos distribuciones. Sin embargo, la gran mayoría de las reglas de exclusión vigentes no se fundamentan en el temor de que los medios excluidos puedan confundir u oscurecer los argumentos presentados en el caso en cuestión. Por el contrario, se excluyen pruebas muy relevantes — pruebas que indudablemente podrían reducir el porcentaje global de veredictos erróneos — por razones que nada tienen que ver con la búsqueda de la verdad.

Entonces, como parte esencial de este experimento mental de carácter epistemológico, propongo analizar cómo formular reglas probatorias y procedimentales que aumenten las probabilidades de que el veredicto de un jurado sobre la supuesta culpabilidad e inocencia dé cuenta de la verdad de los hechos. Es común, y completamente apropiado, analizar esta cuestión a través de dos conceptos clave: relevancia y fiabilidad.

Como se vio en el capítulo I, las pruebas materiales y las pruebas testimoniales son relevantes cuando, de ser verdaderas, incrementan o disminuyen la probabilidad de la culpabilidad del acusado. Las pruebas materiales y las pruebas testimoniales son fiables sólo cuando se tienen fundamentos sólidos para creer que son verdaderas. La tarea más importante en un proceso penal es la valoración de la relevancia y de la fiabilidad de las diversas pruebas materiales y testimoniales ofrecidas por las partes. El juez realiza parte de este trabajo. Lo más importante, tiene la facultad de decidir si las pruebas ofrecidas por las dos partes son genuinamente relevantes. Si no lo son, las excluirá apropiadamente por dilatorias y engañosas. Hasta hace poco tiempo, se esperaba que el jurado tomara la mayoría de las decisiones sobre la fiabilidad de las pruebas, dado que tales decisiones están directamente vinculadas con la función más tradicional del jurado: la determinación de los hechos. Sin embargo, en años recientes se les ha otorgado a los jueces la función de decidir cuanto menos algunas cuestiones sobre la fiabilidad de las pruebas. Por ejemplo, si alguna de las partes quiere que se le admita una prueba pericial, le corresponde al juez decidir si los métodos usados

por el perito son lo suficientemente fiables para que el jurado deba conocer su testimonio. Aun así, finalmente es el jurado — si se le permite conocer la prueba — quien decide si lo afirmado por el perito es digno de creer. En este sentido, el jurado sigue teniendo la última decisión respecto a la fiabilidad de las pruebas que conoce, incluso cuando los jueces han actuado como *porteros*. Epistemológicamente no es tan importante quién decide sobre la fiabilidad de las pruebas ofrecidas, en tanto que se haga de manera racional (volveré sobre este punto más adelante).

Está claro que no podemos controlar la valoración de las pruebas hecha por el jurado; lo que sucede en la sala de deliberaciones del jurado a puerta cerrada, tendrá que ser, en gran medida, tratado como una caja negra. Aun cuando la epistemología tiene mucho que decir respecto a qué cuenta como prueba fiable, no tiene sentido analizarlo aquí, puesto que las decisiones del jurado sobre la fiabilidad salen del alcance de un control epistémico³. Es cierto que los jueces pueden instruir a los miembros del jurado y los abogados pueden tratar de persuadirles para que razonen de una manera y no de otra. Pero nada garantiza que el jurado les obedecerá. Lo mejor que puede hacerse es aumentar las probabilidades de que la decisión tomada por el jurado acerca de la supuesta culpabilidad esté tan bien informada como sea posible. Para este propósito, propongo como guía para la toma de decisiones una sencilla regla sobre la admisión de pruebas:

Los juzgadores de los hechos — sea un jurado o un juez — deben considerar todas (y sólo) las pruebas fiables no redundantes que sean relevantes para los hechos relacionados con el delito en cuestión.

Por un lado: para aquellos que, como yo, estén dispuestos a otorgarle menos importancia al rol del juez como *portero*, es asumible eliminar de la regla anterior la palabra «fiables», puesto que no hay un fundamento epistémico para no dejar en manos del jurado toda decisión sobre la fiabilidad de las pruebas; siempre y cuando los argumentos del abogado y las instrucciones del juez le instruyan en la valoración de la fiabilidad. De hecho, la aplicación de la regla podría ser más fácil si aceptamos la eliminación sugerida, pues la fiabilidad es mucho más problemática que la relevancia. La relevancia no admite fácilmente grados: la prueba es relevante o no lo es. En contraste, la fiabilidad claramente admite muy diversas graduaciones, desde un grado muy bajo hasta la fiabilidad completa o total. Si la prueba es muy poco fiable y el juez está encargado de determinar la fiabilidad, podría

razonablemente excluirla, pese a que sea relevante. Por esta razón, prefiero la formulación más simple de la regla.

Tengo la impresión de que ninguna regla probatoria es necesaria en un sistema de investigación judicial orientado a la búsqueda de la verdad. Como David Hume hubiese dicho, «permítasenos arrojar al fuego los enormes tomos de derecho probatorio, pues su principal función es articular cientos de excepciones, requisitos y obstáculos a la regla fundamental de la relevancia probatoria»⁴. Considérese, por ejemplo, lo siguiente: la regla del testimonio de oídas es sólo una entre las docenas de excepciones al principio de que todas las pruebas relevantes tienen que ser admitidas. Las *Federal Rules of Evidence* contienen veintinueve concretas excepciones a la regla del testimonio de oídas. Para ser claros, se trata de excepciones a la excepción. Esto añade una «excepción residual» universal: admitir casi cualquier prueba de oídas que sirva a «los intereses de la justicia», con independencia de lo que esto último signifique.

Yo conjeturo que todo incumplimiento a la regla de relevancia — esto es, cada excepción a ella — incrementará las probabilidades de que el jurado se equivoque a la hora de valorar la presunta culpabilidad o inocencia del acusado. Obviamente, puedo estar equivocado. Y lo estaría si, por ejemplo, se descubriera algún tipo de pruebas que siendo genuinamente relevantes, el jurado sea incapaz de otorgarles un peso apropiado. Las reglas probatorias vigentes están llenas de situaciones en las que los tribunales temen que el jurado pueda valorar erróneamente las pruebas. Como vimos en el capítulo I, algunas pruebas son consideradas como «injustamente prejuiciosas» y, por ellos, son excluidas. El testimonio de oídas aunque sea relevante, es excluido por temor a que el jurado no aprecie cuán débil (*i.e.*, no fiable) es algunas veces. Los antecedentes penales del acusado son excluidos como prueba de la acusación por temor a que el jurado pueda otorgarle gran importancia al dudoso pasado del acusado o lo condenen por considerarle mala persona y no porque estén convencidos de que cometió el delito.

En éste y muchos otros casos, las reglas probatorias se fundamentan en afirmaciones sobre la psicología del jurado. Tales afirmaciones, generalmente, no superan el nivel de mitos populares. Estoy completamente de acuerdo en que si un estudio empírico bien diseñado demuestra que los jurados tienen cierta tendencia a tergiversar el valor de un tipo particular de pruebas relevantes, entonces se deberán tomar medidas al respecto, como la exclusión de tales pruebas o pedir a los jueces que instruyan al jurado para evitar una valoración inadecuada. Es más, creo que cualquier epistemología

³ Una excepción obvia es la adopción de un estándar de prueba objetivo del tipo propuesto en el capítulo 3, que le permitiría al sistema controlar un poco más la valoración de los hechos por parte del jurado.

⁴ El manual clásico del derecho probatorio, McCORMICK, 1999, *McCormick On Evidence*, en su quinta edición, de sus 540 páginas dedica menos de 5 al análisis de la relevancia.

jurídica eficiente debe estar abierta para aprender de este tipo de experiencias. Ahora bien, una vez dicho esto, aún no conozco evidencia empírica robusta para considerar necesaria alguna de las exclusiones mencionadas. Pero ya que descubrimos estos problemas, quisiera añadir una provisión adicional a la meta-regla sobre la prueba que acabo de proponer:

Quando existan pruebas empíricas convincentes de que cierto tipo de elementos de juicio relevantes y fiables tienden a ser mal valorados por el jurado y, además, también haya pruebas empíricas de que esa valoración no es fácilmente susceptible de corrección mediante las instrucciones del juez y los argumentos del abogado de la contraparte, entonces tales elementos de juicio deben ser excluidos.

Dada la diferencia entre una política probatoria epistemológicamente sólida y el conjunto de reglas actualmente vigentes en los Estados Unidos, hay un amplio espacio para que haya sentencias erróneas. Algunos de esos errores son simplemente errores del razonamiento humano. Pero muchos de ellos — entre los que se encuentran algunos que son más fácilmente re-mediables — se deben a viejas reglas probatorias que imponen excepciones o modifican la regla de la relevancia. Aunque con frecuencia los tribunales sostienen que la relevancia es el factor más importante en la valoración de la prueba, la mayor parte del llamado derecho probatorio consiste en una gran enumeración de excepciones a la regla de relevancia. Aun cuando las *Federal Rules of Evidence* reconocen el principio de relevancia (la sección IV de la Regla 402 afirma claramente que «toda prueba relevante es admisible... Una prueba que no es relevante es inadmisibles»), reglas subsiguientes introducen tantas excepciones a éste que termina siendo mucho más respetado en su infracción que en su observancia.

Parte de este problema es que los legisladores de las *Federal Rules of Evidence* no comprendieron que los principios de relevancia y fiabilidad no son simplemente dos reglas probatorias que coexisten al lado de otras tantas reglas. La relevancia y la fiabilidad son meta-principios que deben usarse para evaluar toda regla probatoria propuesta. Una llamada regla probatoria que niegue al jurado el acceso a pruebas genuinamente relevantes (y muchas lo hacen) no cumple con una evaluación fundamental de su idoneidad como regla probatoria, esto es, aumentar la probabilidad de que la supuesta culpabilidad de un acusado sea un buen indicador de su genuina culpabilidad o inocencia.

Hay varias razones que explican por qué las reglas probatorias vigentes no se fundamentan en esas verdades epistémicas básicas. Muchas de esas reglas buscan salvaguardar otros valores no-epistémicos, relacionados principalmente con los derechos del acusado, con la importancia que se brinda al

hecho de que los tribunales no recurran a — o aparenten aprobar — conductas ilegales y con el rol que juegan los tribunales en el control del comportamiento policial. Retomaremos con detalle estas cuestiones en el próximo capítulo. Aunque no tengan cabida en nuestro experimento mental, interesado en responder a la siguiente pregunta contrafáctica: ¿cómo sería un juicio penal si su interés fundamental y primordial fuera la búsqueda de la verdad de los hechos delictivos?

Ahora bien, la diferencia que hay entre cómo serían las reglas si la verdad fuera el principal objetivo y las reglas actualmente vigentes, no se debe únicamente a la intervención de valores extra-epistémicos. Muchas de las prácticas probatorias actuales existen porque se espera que reduzcan ampliamente las probabilidades de las condenas falsas. En otras palabras, la función explícita o implícita de muchas reglas probatorias y procedimientos es modificar el equilibrio entre las condenas falsas y las absoluciones falsas, aunque eso signifique que la corrección global de los veredictos (que fundamenta la preferencia por los principios de relevancia y fiabilidad) esté en peligro.

Para ser claros, estoy afirmando que muchas de las actuales reglas probatorias constituyen esfuerzos torpes para incrementar el beneficio de la duda ya implícito en el estándar de prueba o, al menos, tienen ese efecto. Eso significa, a su vez, que éstas cambian los valores tanto de la proporción de las absoluciones falsas a condenas falsas como de la proporción de también modifican el estándar de prueba incluso a valores más elevados de los establecidos en lo que he llamado el contrato social. Tales reglas no han sido implementadas para incrementar la probabilidad de los veredictos verdaderos, sino con la finalidad de disminuir aún más la probabilidad de las condenas falsas. En otras palabras, están movidas por un interés en la distribución del error y no en la disminución del error. Éstas son consideradas como instrumentos para reducir sólo un tipo de error, las condenas falsas, mientras que aquellos que proponen este tipo de reglas continúan totalmente indiferentes respecto a su nulo impacto en la reducción del error global.

La importación de cuestiones distributivas a las reglas probatorias y procedimentales es un grave error. En gran parte de lo que resta de este capítulo, error ha penetrado las reglas probatorias y procedimentales. Pero, primero, quiero explicar por qué si muchas reglas probatorias están motivadas por sensibilidades distributivas, esto debe ser una fuente de preocupación. Tal prueba no arbitrario es construirlo sobre una determinación de la *proporción* aceptable de absoluciones verdaderas y condenas falsas (influida por el co-

nocimiento del impacto que un cambio en esa proporción tendría sobre los costos respectivos de las absoluciones falsas y las condenas falsas). Como se ha visto, el estándar de prueba debe definirse en un punto en que la sociedad pueda ser genuinamente indiferente respecto a si un juicio termina en absolución o en condena. Un estándar de prueba que rebase ese punto generaría una preferencia racional por las condenas sobre las absoluciones, y un estándar de prueba más bajo inclinaría la balanza hacia el otro lado, una sociedad que preferiría una absolución sobre una condena.

Eso implica que una vez establecido el estándar de prueba, todas las deliberaciones subsecuentes deban orientarse a la reducción de errores y no seguir con su distribución. Una vez seleccionado un estándar de prueba que conlleve una indiferencia tanto a las absoluciones como a las condenas, no tenemos ningún incentivo concebible para intentar reducir aún más la frecuencia de las condenas falsas, si el precio a pagar por ello es un incremento en la frecuencia de las absoluciones falsas. Una vez que somos indiferentes a si el proceso termina en absolución o en condena, el único interés restante debe ser la reducción del error y no la distribución del error.

Reducimos errores, como he argumentado ya, buscando que el jurado tenga conocimiento de todas las pruebas relevantes que las partes posean. Este objetivo no es fomentado cuando después se afirma que debemos facilitar al acusado la presentación de pruebas exculpatorias y no así la presentación de tales pruebas al Estado. Tampoco se fomenta cuando se considera que cierto tipo de pruebas deben ser excluidas porque podrían conducir a una condena falsa (si tales exclusiones incluso tienden a producir aún más absoluciones falsas). Y tampoco se promueve si se establecen procedimientos, como la asimétrica *discovery rule*, para otorgar cierta ventaja probatoria al acusado. La imparcialidad probatoria — que es otra expresión del principio de admisión de toda prueba relevante — debe motivar la selección de reglas probatorias y procedimentales.

La falta de comprensión tanto de los jueces como de los estatutos del derecho y de los legisladores respecto a que el estándar de prueba podría incorporar todas las sensibilidades distributivas, ha generado un entorno intelectual en donde se considera totalmente adecuado aprobar una regla probatoria o procedimental con el argumento de que disminuirá la probabilidad de las condenas falsas o que otorgará al acusado un beneficio de la duda supuestamente merecido. Si pretendemos tener una teoría de la prueba y del procedimiento congruente, es necesario insistir en que tales preocupaciones son completamente inadecuadas en este espacio, puesto que ya han sido totalmente satisfechas durante la determinación del estándar de prueba.

En lo que resta de este capítulo mostraré hasta qué punto son dominantes las sensibilidades distributivas en la literatura sobre las reglas probato-

rias y cuántas de las reglas y procedimientos existentes se originaron no por el principio de relevancia, sino por el deseo de inyectar tales sensibilidades en la forma de conducir los juicios orales.

2. EL CONTROL DE LOS EXCESOS DISTRIBUTIVOS

Consideremos por un momento la situación de un acusado inocente que enfrenta un juicio oral. Él sabe (si ha seguido nuestro argumento hasta ahora) que gracias al estándar de prueba tiene sólo un pequeño riesgo de ser condenado incorrectamente, suponiendo que el valor del estándar de prueba se ubica alrededor del 90-95 por 100. Sabe, además, que aun cuando sea condenado erróneamente tiene la oportunidad de revocar la condena en apelación. También sabe que gracias a la presunción de inocencia el jurado debe ignorar el hecho de que muchos de los anteriores actores en su drama (jueces, policías y fiscales) han encontrado pruebas de cargo significativas. Así mismo, sabe que (al menos que opte por una defensa afirmativa) no está obligado a decir o a hacer nada para lograr su absolución. Y podemos suponer que él espera una sentencia verdadera. Hasta aquí, sus intereses coinciden con los de la sociedad.

Pese a esto, comprensiblemente, está preocupado por la pequeña pero no innegable posibilidad de: *a)* ser condenado; y, además, *b)* que su condena errónea sea corroborada en apelación. Así las cosas, a él (y con mayor interés a los abogados de la defensa) le gustaría minimizar la probabilidad de ser condenado erróneamente. Existen determinadas pruebas incriminatorias en su contra; de otra manera su caso no hubiera llegado tan lejos. En tal situación, nada le complacería más que descubrir un conjunto de reglas de exclusión que evitaran que el jurado conociera algunas de dichas pruebas. En este punto, su interés en ser absuelto y el interés también en la absolución de aquellos acusados genuinamente culpables, empiezan a converger; mientras que el interés de aquellos comprometidos con la búsqueda de la verdad, como nosotros, empieza a discrepar de las esperanzas más fervientes de ambos. Aun cuando, sin duda, nos gustaría ver absuelto al acusado inocente, comprendemos perfectamente que toda concesión probatoria otorgada a éste también beneficiará a aquellos acusados que son culpables y, muchas veces, en mayor medida que al inocente. Una vez que mediante el estándar de prueba se han reducido los riesgos de una condena falsa para el acusado inocente, debemos oponernos a más concesiones repartidas generosamente, pues sabemos que muchos de los beneficiarios de tales condescendencias son culpables y que, si establecemos más y más obstáculos para la admisión de pruebas relevantes, será cada vez más difícil descubrir su culpabilidad.

Sin embargo, muchos juristas no están de acuerdo con lo anterior. Por el contrario, creen que se deben incorporar parcialidades a favor del acusado en *todas* las etapas de los juicios orales, acumulando beneficio sobre beneficio, con el objetivo de reducir aún más los riesgos de condenar a un inocente. Pese a que ayudarían con ello a muchos más acusados culpables que a inocentes. Consideremos un ejemplo hipotético. Supongamos que alguien argumenta lo siguiente: todos sabemos que algunas de las confesiones retractadas son falsas. También sabemos que de vez en cuando un jurado podría tomar dichas confesiones falsas como dispositivas y, entonces, condenar a un acusado genuinamente inocente. En ese caso, podemos evitar las indeseables condenas falsas generadas por la admisión de confesiones retractadas si excluimos todas las confesiones retractadas.

Una regla como ésta evidentemente ampliaría el beneficio de la duda más allá del estándar de prueba. Ésta dice que, si existe alguna duda acerca de la voluntariedad de la confesión (el tipo de duda implicada en caso de que el acusado se retracte de su confesión), entonces se debe excluir. Si, como yo creo y muchos críticos aceptan, la gran mayoría de las confesiones retractadas son genuinamente irrelevantes y probablemente verdaderas, entonces una regla como ésta implica un incremento menor en la proporción de las absoluciones verdaderas a condenas falsas y un drástico incremento en la proporción de absoluciones falsas a condenas falsas. Muchos estudios independientes indican que la resolución de cerca del 50-60 por 100 de los casos penales depende en parte de la prueba confesional⁵. Si los acusados, una vez que han confesado a la policía, de pronto descubren que podrían lograr desear su confesión simplemente retractándose, probablemente un gran número de casos que actualmente acaban con una condena verdadera terminarían con una absolución falsa. Cabe resaltar que la exclusión de toda confesión retractada podría cambiar no sólo la proporción de las absoluciones verdaderas a condenas falsas respecto a la ya incorporada en el estándar de prueba, casi con seguridad incrementaría también el total de los verdaderos falsos en comparación con la práctica actual de admitir muchas (aunque no todas) confesiones retractadas.

Sin embargo, dejemos por ahora el hecho de que esta regla violaría el acuerdo social (ya incorporado en el estándar de prueba). También dejemos de lado su impacto negativo en la frecuencia de los veredictos falsos. Es más, no discutiremos el hecho de que las reglas que favorecen las absoluciones crean la situación de que aquellos acusados cuyos casos activan las reglas

en cuestión, reciben un mayor beneficio de la duda que aquellos acusados cuyos casos no las activan, suscitando problemas significativos respecto a la imparcialidad y el debido proceso. En lugar de esto, nos centraremos en que aun cuando sabemos que la regla propuesta incrementa el beneficio de la duda del acusado, no está nada claro cuánto la incrementa. Puesto que no sabemos, ni siquiera aproximadamente, cuántas de las confesiones retractadas son falsas ni con qué frecuencia el jurado toma las confesiones retractadas como dispositivas, es imposible estimar cuán grande sería el efecto de implementar esa regla en la proporción de las absoluciones falsas a las condenas falsas y en la proporción de las absoluciones verdaderas a las condenas falsas. Todo lo que podemos decir es que ésta incrementaría en un nivel indeterminado la primera proporción, mientras que la última aumentaría en un mayor nivel, pero también indeterminado. En suma, si aceptáramos reglas ridículas como ésta («excluir todas las confesiones retractadas»), estaríamos otorgando al acusado una indeterminada porción extra de beneficio de la duda. Como ya he argumentado, cualquier aumento gradual del beneficio de la duda, sobre el ya incorporado en un estándar de prueba diseñado adecuadamente, incumpliría el contrato social. Una política pública como ésta también haría imposible determinar cuánto beneficio de la duda adicional ha recibido un acusado.

¿Por qué es importante todo esto? Lo que está en juego es si el sistema de justicia penal implementa de forma efectiva los valores sociales acerca de los tipos y la cantidad de errores y aciertos que deben darse en un juicio penal. Cuando no tenemos ninguna pista sobre cuánto beneficio de la duda recibe un acusado (que es la situación actual en el derecho estadounidense), no podemos decidir si los tribunales están siendo muy indulgentes o muy severos con aquellos que afrontan un juicio oral. La única manera de asegurar que los tribunales cumplen con el contrato social establecido es identificando todos los beneficios de duda en aquellas áreas del juicio donde podemos graduar cuán inclinada está la balanza de la justicia a favor del acusado. Ya he argumentado que el estándar de prueba es el único espacio apropiado para incorporar el beneficio de la duda, puesto que tal estándar deja claro, para todo aquel interesado en saber, qué concesiones se han establecido en el sistema. Si permitimos que tales insintos distributivos den forma a las reglas probatorias y procedimentales, además de ya conformar el estándar de prueba, será imposible calcular si los acusados están recibiendo más, o menos, del beneficio de la duda que se considerara apropiado.

Este tipo de cuestiones resultan cuando las sensibilidades distributivas son las que rigen la elección de reglas probatorias y procedimentales. Es más, si (como se ha argumentado) un estándar de prueba que ha sido adecuadamente definido ya incorpora la decisión social respecto al valor adecuado del beneficio de la duda a otorgar al acusado, entonces, la adopción de cualquier regla

⁵ Véase, por ejemplo: CASELL, 1996: 394-418, 437-438 (un índice de confesiones del 57 por 100); POSNER, 1996: 659 (un índice de confesiones del 64 por 100); THOMAS, 1996: 955 (un índice de confesiones del 55 por 100).

probatoria o procedimental que favorezca las absoluciones (y no a la reducción de errores), implica que el acusado está recibiendo más beneficio de la duda del que es titular. (De igual forma, una regla que tienda a condenar más difícilmente de forma inaceptable la proporción de las absoluciones verdaderas a condenas falsas y la proporción de las absoluciones falsas a condenas falsas, pues otorgaría al acusado menos beneficio de la duda del que es titular. Sin embargo, existen relativamente pocas reglas de este tipo⁹).

Alguien crítico con este análisis podría expresar su legítima preocupación sobre la posibilidad de que los estándares de prueba vigentes no incorporan todo el beneficio de la duda considerado como socialmente aceptable. En esta situación, ¿sería apropiado optar por reglas que favorezcan al acusado? El problema, como ya se ha indicado, es que al añadir porciones adicionales de beneficio de la duda mediante la adopción de reglas que favorezcan al acusado, se podría producir un beneficio de la duda mucho más grande que el aceptable. Reitero un corolario clave del capítulo III: la única forma de asegurar que en un juicio penal se otorga al acusado un nivel de beneficio de la duda cercano al socialmente aceptable, es incorporando directamente esa cuantía de duda en el estándar de prueba y, en el debate sobre qué reglas probatorias son más adecuadas, eliminar todo lo referente a la distribución de errores. De esto se sigue que si descubrimos que el estándar de prueba actual otorga menos beneficio de la duda del considerado por la sociedad como deseable, la única solución adecuada es aumentar el estándar de prueba existente, mas no desviar las reglas probatorias para que favorezcan al acusado.

Si es que la idea de que las reglas probatorias deben favorecer las absoluciones tiene un fundamento coherente, éste sería más o menos así: para decidir la admisión de un elemento de prueba, un sujeto racional debe valorar las utilidades de su admisión y de su exclusión. Esta valoración dependerá de dos tipos de cuestiones: el costo del error que probablemente generaría la regla y la probabilidad de que ocurra dicho error. Consideremos nuestra regla hipotética: excluir todas las confesiones retractadas. Cualquiera partidario de esta regla sabe que es probable que se excluyan más confesiones verdaderas que falsas. Por lo que se producirían más absoluciones falsas de las que habría sin tal regla. Pese a esto, se podría decir que la cuestión no

está cerrada, puesto que las condenas falsas son (por ejemplo) diez veces más costosas que las absoluciones falsas, por lo que es razonable aceptar una regla que probablemente produzca (por ejemplo) cinco veces más absoluciones falsas que condenas falsas, dado que la multiplicación de cada uno de estos costos por sus respectivas probabilidades aún producirá una utilidad positiva para la regla.

Sin embargo, esta plausible estrategia fracasa al no advertir que el estándar de prueba ha sido fijado en determinado grado porque en tal punto, y sólo en ese punto, las utilidades de una absolución y de una condena son las mismas. Una vez fijado el estándar de prueba en ese punto, su coherencia nos exige ser completamente indiferentes ante una absolución o ante una condena en los procesos en los que rige dicho estándar. Así las cosas, debemos optar por reglas neutrales respecto de las absoluciones y las condenas (o, mejor aún, por reglas que reduzcan la probabilidad del error en su conjunto y no por aquellas que favorezcan un tipo de error sobre otro), objetivo que es también, precisamente, el indicado por la regla de la relevancia. Quienes proponen reglas que favorezcan las absoluciones sobre las condenas, ignoran estos hechos bajo su propio riesgo y en detrimento de una teoría coherente de la prueba. De hecho, se ven envueltos en un tipo de juego en el que los puntos cuentan doble: primero, el estándar de prueba es construido para proteger al acusado inocente y, luego, se sesga considerablemente a las reglas probatorias para favorecer las absoluciones, como si las concesiones necesarias para el acusado no estuvieran ya reflejadas en el estándar de prueba. Esto es tan racional como el hecho de que alguien, habiendo comprado un seguro médico de cobertura completa para cubrir sus gastos médicos, continúe además haciendo ahorros sustanciales por si llegase a requerir una cirugía costosa. Así como se compra un seguro para evitar la necesidad de ahorrar para emergencias médicas, la razón para adoptar un estándar de prueba exigente es evitar tener que diseñar reglas probatorias que favorezcan al acusado.

Hasta aquí, el argumento planteado es bastante abstracto. Sólo se ha dado un ejemplo de una regla probatoria epistemológicamente ofensiva (la propuesta de excluir todas las confesiones retractadas) y éste, como se podrá imaginar, resulta tan absurdo como para constituir poco más que un argumento de fácil refutación. Por ello, es indispensable aclarar la situación. Como primer paso, es necesario señalar que el citado ejemplo de la absurda regla distributiva no es un invento mío diseñado para presentar a los distribucionistas como tontos. La regla en cuestión fue propuesta por Corey AYLING en un artículo publicado en la *Wisconsin Law Review* en 1984. El argumento de AYLING es, como veremos reiteradamente, un argumento típico de un género de justificaciones y críticas a las reglas que merecen nuestra atención. Para defender la regla en cuestión, AYLING (1984: 1199) argumentó:

⁹ En el capítulo IV se ha discutido ampliamente un ejemplo (la defensa afirmativa) de reglas probatorias y procedimentales que desvían la resolución del caso en una dirección favorable para la acusación. Además de esta, hay otras dos reglas que, en mi opinión, distorsionan a favor de la acusación: 1) la regla que permite a la acusación obligar al testigo renuente a testificar orogándole para ello inmunidad, mientras que el acusado algunas veces carece de esos poderes; y 2) la regla que no obliga a la acusación a comunicarle a la defensa durante la etapa del *discovery* información que considera que tiene efectos un tanto exculpatorios.

Dado que el espíritu prevaleciente del derecho penal estadounidense es que resulta mejor liberar a una persona culpable que condenar a una persona inocente, estaría justificado excluir las confesiones incluso si el resultado neto fuera liberar a más personas culpables que a personas inocentes.

Evidentemente, éste es un argumento de naturaleza puramente distributiva. Una regla probatoria que ha sido propuesta es preferible sobre una existente, según AYLING, no porque contribuiría a disminuir la proporción global de errores sino porque, aun cuando se incrementen de forma global los errores del sistema, ¡es probable que se produzcan menos condenas falsas que las que se producen con la regla vigente!

Katherine GOLDWASSER, profesora de derecho de la Universidad de Washington, usa un argumento similar para justificar una regla que permita al acusado presentar pruebas que no cumplen con el test de fiabilidad que se suele exigir para el testimonio indirecto y para la prueba pericial. Según GOLDWASSER (1998:635), las reglas que favorecen las absoluciones, como las señaladas por ella, son aceptables porque «producir menos condenas erróneas al costo de producir a su vez unas pocas absoluciones erróneas extras es completamente consistente con (e incluso refuerza) los valores implícitos en el estándar de la duda razonable». Y, continúa, «es rotundamente inaceptable la exclusión de pruebas ofrecidas por la defensa (y con ello, incrementar el riesgo de una condena errónea), únicamente por la preocupación de los riesgos de producir una absolución errónea».

En la literatura académica son abundantes los ejemplos de una tendencia de usar reglas probatorias para alinear la distribución del error. Citaré solamente unos pocos ejemplos. En el 2003, Richard FRIEDMAN, en una línea similar a la de GOLDWASSER, argumentó que los estándares para la admisión de pruebas deberían ser más bajos para la defensa que para la acusación ya que «la concepción compartida respecto a que el costo social de una sentencia errónea es mucho más grande cuando el acusado es de hecho inocente que el costo social de una sentencia errónea cuando el acusado es de hecho culpable»⁷. FRIEDMAN sostiene que el acusado debe tener la posibilidad de presentar ciertos tipos de pruebas testimoniales y materiales que si fuesen, en cambio, ofrecidas por la acusación serían excluidas. Por mi parte, estoy completamente de acuerdo en facilitar a las partes tanto como sea posible la presentación de pruebas relevantes; sin embargo, no encuentro razón alguna para aplicar este principio de forma distinta a la acusación y a la defensa.

Otro par de autores, Daniel J. SEIDMANN y Alex STEIN, han usado la misma estrategia para justificar lo que se conoce como la regla GRIFFIN (que será

ampliamente discutida en el capítulo VII), que establece que el jurado no puede usar el silencio del acusado como fundamento para hacer inferencia alguna sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado. Nadie, además de SEIDMANN y STEIN, cuestiona que esta regla produce muchas más absoluciones falsas que condenas falsas, y muchos más veredictos falsos de los que se producirían si se abandonase la regla GRIFFIN. Pese a esto, ambos académicos evidentemente prefieren lo primero. Uno de sus argumentos al respecto es:

La abolición de la regla GRIFFIN produciría evidentes ventajas en tres situaciones: forzaría a los acusados culpables a aceptar su culpabilidad a la hora de responder a la acusación, a enfrentar la refutación cuando se hicieran afirmaciones falsas y a arriesgarse a sufrir consecuencias adversas de su silencio, con ello aumentaría la proporción de las condenas correctas. Sin embargo, los costos de eliminar la regla GRIFFIN socavarían tales ventajas. La abolición de GRIFFIN incrementaría... la proporción de las condenas falsas. Si para la sociedad la prevención de las condenas erróneas tiene un valor inmenso superior que la prevención de las absoluciones erróneas, entonces conservar la doctrina GRIFFIN... resulta la opción socialmente más óptima.⁸

SEIDMANN y STEIN no sólo defienden que la regla GRIFFIN no contribuye a la búsqueda de la verdad, sino que insisten en que no es razonable preferir la reducción global del error sobre la reducción de las condenas falsas:

La condena errónea de un acusado inocente (un «falso positivo») es mucho más costosa que la absolución errónea de un delincuente (un «falso negativo»). Por consiguiente, a diferencia de los errores en materia civil, una reducción de los falsos negativos en materia penal no puede compensar a los falsos positivos.⁹

Aun cuando se asuma (lo que evidentemente no hago yo) que es apropiado considerar la distribución del error para la evaluación de las reglas probatorias y procedimentales, la afirmación de SEIDMANN y STEIN —es decir, que una disminución en las absoluciones falsas nunca puede compensar ningún incremento en las condenas falsas—, no es válida. Supongamos que, por ejemplo, podemos demostrar que cambiar una regla probatoria, R, eliminaría quince absoluciones falsas por cada condena falsa que ha sido generada. Supongamos también que, al igual que BLACKSTONE, SEIDMANN y STEIN creen que las condenas falsas son diez veces peor que las absoluciones falsas. En tales circunstancias, incluso un defensor incondicional del distri-

⁷ Green v. US, 355 US 184, pp. 187-188 (1957).

⁸ SEIDMANN y STEIN, 2000: 494.

⁹ *Ibid.*, 487. Las cursivas son del autor.

bucionismo en el derecho probatorio debería favorecer la modificación de R, aunque esto incrementara la proporción de las condenas falsas.

El hilo conductor de este tipo de argumentos — si lo ponemos en términos muy generales — es que cualquier regla probatoria capaz de producir menos condenas falsas es preferible que su contraria, aun cuando la regla en cuestión produzca más verdiccios falsos en global. Algunos autores, por supuesto, dudarían en expresar de esta forma su argumento ya que, efectivamente, tal meta-regla es manifiestamente absurda (aunque este hecho parece pasar inadvertido para SENDMANN y STEIN). Aun así, este principio orienta los argumentos de esos autores. Por ejemplo, GOLDBASSER formula esta perspectiva de la siguiente manera: es «rotundamente inaceptable» rechazar una regla que disminuya el riesgo de las condenas falsas simplemente por el impacto de esa regla en la frecuencia de las absoluciones falsas. Quizá la formulación más general y explícita del argumento en cuestión se encuentra en Stephen SALTZBURG:

Dado que nuestra sociedad ha decidido otorgar a los acusados el beneficio de toda duda razonable respecto a los hechos — beneficio usualmente no concedido a los litigantes en materia civil —, las reglas sobre la prueba [en el derecho penal] tienen que ser diseñadas bajo principios que reflejen y respalden esa decisión.¹⁰

Es ésta la postura, y la meta-regla, que tengo en mente cuando hago referencia al «distribucionismo del error» en el derecho probatorio. Este es, como afirma SALTZBURG, un enfoque del derecho probatorio «bajo principios». El problema es que se fundamenta en principios *incorrectos*.

Considero que estos autores ofrecen un terreno muy resbaladizo, un terreno que no queremos aventurarnos a pisar porque a lo largo de éste no hay ningún punto para sostenerse y no caer. Prácticamente no existe regla probatoria o procedimental plausible que no produzca de forma ocasional condenas falsas. Prácticamente cualquiera de las reglas probatorias vigentes podría ser remplazada por una versión más débil, incluso más favorecedora a las absoluciones, que disminuya aún más la probabilidad de una condena falsa. Después de todo, algunas veces los testigos oculares inducen a identificaciones erróneas y a condenas falsas. Y lo mismo sucede con los informes periciales, con las pruebas forenses, las confesiones, etcétera. Una vez que hemos aceptado que para evaluar las reglas probatorias es adecuado tanto ignorar los errores en su conjunto como evitar las condenas falsas sobre cualquier otro tipo de cuestiones, la única regla aceptable para conducir un

juicio penal sería «absolver a todo acusado». Ninguna otra regla podrá evitar tan efectivamente las condenas falsas.

Me gustaría poder afirmar que en esta cuestión sólo caen pocos estudiosos del derecho. Desafortunadamente, el mismo crecimiento casi imperceptible del beneficio de la duda implícito en los argumentos de varios estudiosos del derecho, está también en argumentos enunciados por tribunales de apelación para defender reglas probatorias que resultan favorables al acusado y no reglas que fomentan los verdiccios correctos. Consideremos tres ejemplos tomados de resoluciones de la Corte Suprema:

— En 1957, el magistrado Hugo BLACK decidió defender la permisión de apelar las condenas pero no las absoluciones, una postura incontestablemente favorable para el acusado e incorporada en la práctica estadounidense actual. Ningún estudioso del derecho serio disputaría que un recurso de apelación asimétrico distorsiona la proporción de las absoluciones verdaderas a condenas falsas incorporada en el estándar de prueba, pues los tribunales superiores pueden revocar las condenas, algunas de las cuales posiblemente sean falsas, pero no pueden hacer nada para identificar absoluciones falsas. Sin duda, muchas absoluciones erróneas podrían corregirse en apelación, si esto estuviese permitido. No obstante, BLACK rechazó la apelación de las absoluciones — no por violación al principio a no ser juzgado dos veces por el mismo delito, sino porque tal tipo de apelaciones «aumentarían la probabilidad de que [el acusado] aunque fuese inocente, pudiese ser declarado culpable [en un segundo juicio oral]».¹¹ Sin duda, BLACK tiene razón respecto a que si las absoluciones fueran apelables, una persona inocente, abusada correctamente en su primer juicio, podría posiblemente encontrar revocada su absolución por el tribunal de apelación y terminar erróneamente condenada por un segundo jurado. Evidentemente, esto sería un flagrante error judicial. Sin embargo, BLACK no toma en cuenta que un sistema sistemático de apelaciones *disminuiría* enormemente la frecuencia global de sentencias erróneas. Es más, con ello no se alteraría en absoluto el beneficio de la duda concedido y previamente incorporado en el estándar de prueba. Las inquietudes distributivas de BLACK («un genuino inocente podría eventualmente ser condenado») se desvanecen cuando las comparamos con la preocupación por la reducción de errores originados en la naturaleza asimétrica de las apelaciones.

— Siete años después, el magistrado Arthur J. GOLDBERG argumentó de forma similar en el caso *Murphy* respecto al derecho a no autoinculparse. Pese a reconocer que este derecho es una «protección para el culpable», GOLDBERG insistió — tal como la Corte Suprema sostuvo en el caso *Twi-*

¹⁰ SALTZBURG, 1974: 304.

¹¹ *Green v. US* 184, p. 188 (US 1957).

ning medio siglo antes — en la necesidad de mantener este derecho porque ofrece «una protección al inocente [contra las condenas falsas]»¹². Puede haber argumentos morales fuertes a favor de este derecho (aunque, como se argumenta en el capítulo 6, soy escéptico respecto a esto). Pero Goldberg pretendió dar un argumento epistémico para fundamentar la regla que consagra el derecho a guardar silencio, diciendo que reduce la proporción de las condenas falsas, aun cuando reconoce que incrementa dramáticamente el número de absoluciones falsas.¹³

— Otro intento aún más abierto de importar al debate sobre las reglas probatorias cuestiones sobre el estándar «más allá de toda duda razonable» y sobre la presunción de inocencia, surgió en un caso de 1975, *Lego v. Twomey*. El acusado rindió una confesión de la que posteriormente se intentó retractar alegando que había sido involuntaria. El juez escuchó los argumentos de ambas partes y resolvió por preponderancia de la prueba que la confesión había sido otorgada de forma voluntaria y, por tanto, era admisible. Una vez condenado, el acusado apeló argumentando que su confesión sólo debió admitirse si las pruebas a favor de la voluntariedad hubiesen superado el estándar «más allá de toda duda razonable». Afortunadamente, la Corte, en una votación muy dividida, rechazó tal argumento. Sólo tres de los magistrados de aquel entonces, William Brennan, William Douglas y Thurgood Marshall, insistieron en que las confesiones deberían ser admitidas únicamente cuando no hubiera dudas razonables sobre su otorgamiento voluntario. Brennan (con el voto concurrente de Douglas y Marshall) argumentó:

En mi opinión, el mismo tipo de consideraciones que exigen el estándar de la duda razonable cuando la culpabilidad o la inocencia de un acusado están en juego, lo hacen también exigible cuando se trata de la admisibilidad de una confesión supuestamente involuntaria. Si se permite a la acusación probar por preponderancia de la prueba que una confesión fue voluntaria entonces, parafraseando al magistrado Harlan, debemos estar preparados para justificar que no es más grave admitir confesiones involuntarias que excluir confesiones voluntarias. Yo no estoy preparado para justificar tal opinión. La autoincriminación obligatoria es tan extraña para el sentido de justicia estadounidense que no veo forma alguna de justificar tal opinión. Si vamos a dar un «contenido específico» a lo ordenado por la Quinta Enmienda respecto a que ninguna persona podrá ser obligada a condenarse a sí misma, debemos insistir, como lo hacemos cuando se trata de determinar la culpabilidad o la

inocencia, en que la acusación pruebe más allá de toda duda razonable que la confesión del acusado fue voluntaria... En mi opinión, parafraseando nuevamente al magistrado Harlan, lo ordenado por la Quinta Enmienda refleja que nuestra sociedad considera que es peor permitir una autoincriminación involuntaria que privar al jurado de pruebas que tengan eficiencia probatoria. Así como se resuelve no condenar al acusado cuando existe duda razonable sobre su culpabilidad, no debemos permitir que la acusación presente como prueba la confesión de un acusado cuando existe una duda razonable de que ésta fue resultado de su decisión libre y racional.¹⁴

Es sumamente importante que quede claro lo que implicaría esta estrategia. Brennan y sus colegas sostienen que cuando el acusado alegue que la admisión de cierto tipo de pruebas viola sus derechos constitucionales, entonces corresponde a la acusación probar más allá de toda duda razonable que la admisión de la prueba en cuestión no vulnera tales derechos. Si aceptamos esto, sus implicaciones van más allá de las pruebas confesionales. Si, por ejemplo, un acusado alega que cierta prueba incriminatoria fue incautada sin mediar una causa fundada para el registro en su domicilio, el Estado — incluso para presentar tales pruebas ante el jurado — tendría que probar más allá de toda duda razonable que sí hubo causa fundada para que la policía entrara en el establecimiento del acusado e incautara los artículos en cuestión.

En el caso *Lego v. Twomey*, el argumento defendido por la minoría no era equivocado. En muchos otros casos, los tribunales habían insistido en que una confesión impugnada sólo podría ser admitida si el Estado había probado más allá de toda duda razonable o por prueba clara y convincente que fue otorgada voluntariamente.¹⁵ Los tribunales de apelación en muchas sentencias han insistido también en que las decisiones sobre la admisibilidad de otras pruebas no confesionales, deberían tomarse considerando la distribución del error. Algunos tribunales han sostenido, por ejemplo, que debe «probarse bajo el estándar de prueba clara y convincente» que las pruebas obtenidas en registros domiciliarios son producto de una orden legítima. En otras sentencias se ha sostenido que para admitir el testimonio de testigos oculares que identifican al acusado, se debe «establecer por prueba clara y convincente que la identificación se hizo por la observación del sospechoso» y no por haberlo visto en una meda de reconocimiento policial.¹⁶ En otras sentencias se ha insistido en que las pruebas obtenidas

¹² *Murphy v. Waterfront Comm'n of New York Harbor*, 378 US 52, p. 55 (US, 1964).

¹³ La Corte, posiblemente porque percibió que el caso Murphy tenía una fuerte inclinación hacia el distribucionismo, dos años después pasó a la historia al manifestar deliberadamente que «los objetivos fundamentales subyacentes al privilegio de la no-autoincriminación no están relacionados con proteger de una condena al inocente» [*Trotter v. US*, 382 US 406, p. 415 (US, 1966)].

¹⁴ *Lego v. Twomey*, 404 US 477, pp. 493-495 (US, 1972).

¹⁵ Entre los muchos ejemplos, véase: *Cliffon v. US*, 125 US App. DC 257, 371 F2d 354, pp. 360-364 (1966); *Mallins v. US*, 382 F2d 258, p. 261 (1967); *US v. Imman*, 352 F2d 954, p. 956 (1965); *US v. Smith*, 308 F2d 657, p. 663 (1962).

¹⁶ *US v. Wade*, 388 US 219, p. 240 (1967).

mediante escuchas electrónicas sólo pueden ser admitidas si se ha probado bajo un «estándar alto» que se protegieron los derechos constitucionales correspondientes.¹⁷

Todas estas propuestas son extremadamente confusas y epistemológicamente endeables. Son confusas porque precisan un alto grado de prueba, no para decidir sobre la culpabilidad del acusado (donde sí sería apropiado), sino para la admisión de pruebas (donde manifiestamente no lo es). Se confunde la relevancia y la admisibilidad con el resultado probatorio. Ningún tribunal serio en la historia del *common law* habría imaginado que para la presentación de toda prueba física o testimonial ante el jurado, se debería probar más allá de toda duda razonable que su obtención ha sido legal. Dichas propuestas obstruyen la búsqueda de la verdad al impedir que el juzgador de los hechos conozca información que es indiscutiblemente relevante y que ha sido autorizada por un juez al presumirla compatible con los derechos constitucionales del acusado.

Si una confesión que no ha sido retractada sólo puede ser admitida cuando pueda probarse más allá de toda duda razonable que no se han violado los derechos del acusado, entonces se admitirán aún menos confesiones puestas que «más allá de toda duda razonable» es un estándar muy exigente. Esto nos colocaría en una posición prácticamente indistinguible de la defendida anteriormente por AYLING, sosteniendo que todas las confesiones retractadas deberían ser excluidas.

Es necesario insistir en que un estándar de prueba exigente es apropiado sólo cuando queremos distribuir los errores de una forma determinada. Sinos ubicamos en la admisibilidad de pruebas también pueden surgir dos tipos de error. Aunque en este contexto los errores relevantes no son las absoluciones falsas o las condenas falsas. Una audiencia preliminar de admisibilidad de pruebas, después de todo, no termina en una resolución sobre la culpabilidad o la inocencia. Sino que los errores en cuestión se refieren a decisiones que son competencia de ese juzgado. Uno de esos errores sería la admisión de pruebas relevantes (como las resultantes de un registro domiciliario) en cuya obtención se ha violado el derecho del acusado contra el registro y la incautación ilegales. Y el error paralelo sería la exclusión de alguna prueba relevante incautada legalmente. Incluso si creemos que es diez veces peor condenar a un acusado genuinamente inocente que absolver a uno culpable, ningún estudioso lúcido creería que esta máxima blackstoniana supone que: a) la admisión de pruebas relevantes obtenidas en una incautación ilegal sería diez veces peor que b) la exclusión de pruebas relevantes obtenidas en una incautación legal.

¹⁷ *U.S. v. Tagliamonte*, 274 F.Supp. 220, p. 226 (DRI 1967).

La insistencia en usar el estándar «más allá de toda duda razonable» para la admisión de pruebas es tanto como decir que es diez veces peor violar los derechos de un acusado que excluir de la consideración del jurado pruebas relevantes que han sido obtenidas mediante incautaciones legales. Desde mi punto de vista, esta motivación es absurda, aun suponiendo, tal como ellos lo hacen, que el interés en la búsqueda de la verdad resulta trivial en comparación con la protección de los derechos del acusado.

En resumen, los sentimientos distributivos blackstonianos sólo tienen una aplicación apropiada en los veredictos erróneos, es decir, en las condenas falsas y en las absoluciones falsas. Ninguna persona lúcida sostendría que la admisión de pruebas que siendo relevantes han sido obtenidas en incautaciones ilegales (que es el tipo de error pertinente en este contexto), puede dar lugar a condenas falsas. Por el contrario, las pruebas relevantes —independientemente de cómo se hayan obtenido (dejando de lado las fabricadas por la policía) — aumentan las probabilidades de que se produzcan menos condenas falsas y menos absoluciones falsas. Algunos tribunales que han insistido (a pesar del caso *Legg*) en que las decisiones sobre la admisión de pruebas deben tomarse bajo el estándar de la preponderancia de la prueba, han determinado también que los resultados a) y b) son igualmente indeseables. Esta decisión me parece correcta. El uso del estándar «más allá de toda duda razonable» para determinar la admisión de pruebas violaría el principio de la indiferencia.

Varios juristas aceptan que el estándar de la «preponderancia de las pruebas» es suficiente para admitir la mayoría de los elementos de juicio, sin embargo, cuando se trata de la admisión de una prueba confesional insisten en un estándar más exigente (comúnmente el «más allá de toda duda razonable»). Parece que consideran que la admisión de una confesión es igual a condenar al acusado. Tal y como SALZBURG (1974:305) pregunta retóricamente: «en pocas palabras, ¿la existencia de una confesión, sin importar cómo fue obtenida, no aumenta la probabilidad de que el jurado dicte una condena?». La respuesta seguramente es afirmativa. Pero bien podemos agregar: ¿y qué? Cada prueba relevante e incriminatoria, si es admitida, «puede aumentar la probabilidad de que el jurado dicte una condena». Y así debe ser. Eso es justamente lo que decimos cuando le llamamos prueba incriminatoria o inculpatória. La pregunta correcta debería ser «¿cuando se presenta una confesión, cualquiera que sea su origen, los jurados condenan directamente?». Tenemos razones para pensar que no. En muchas jurisdicciones, aunque el juez haya admitido la confesión, el jurado hace su propia determinación respecto a si ha sido otorgada de forma voluntaria. Más aún, el abogado de la defensa puede introducir cualquier prueba relevante para demostrar que la confesión no fue otorgada por voluntad propia. Asimismo, el jurado puede — y debe — intentar esclarecer si el contenido de la confesión

es independientemente corroborado por las pruebas ofrecidas por la acusación. De no ser así deben, y probablemente así lo harán, descartarla. Nada de esto implica negar que los jurados frecuentemente otorgan a una confesión corroborada un peso probatorio considerable en sus deliberaciones. Pero solamente estarían haciendo lo correcto; como argumentaré en el capítulo VII, una confesión corroborada es una poderosa prueba inculpatoria.

Después de este paréntesis sobre la lógica de la admisión de las confesiones y otros elementos de prueba, no debemos perder de vista el gran problema que estamos analizando. En páginas anteriores se citaron diversos autores argumentando un aumento de excepciones a la admisión de pruebas relevantes ofrecidas por la acusación. Mientras otros insisten en que debemos disminuir las excepciones para la admisión de pruebas que han sido ofrecidas por el acusado. Ambas políticas implican que las pruebas inculpatorias deben satisfacer un estándar más exigente que las pruebas exculpatorias. Asumir como política pública cualquiera de éstas haría más difícil condenar a alguien que es genuinamente culpable y facilitaría la absolución tanto de un inocente como de un culpable. Sin embargo, no tenemos motivo alguno para aceptar tal compensación distributiva si, como se ha visto, somos genuinamente indiferentes al resultado de un juicio.

Hasta aquí el objetivo ha sido poner de manifiesto el alcance de una conocida estrategia argumentativa errónea para la evaluación de reglas probatorias, la cual pretende extender las preocupaciones distributivas mucho más allá del estándar de prueba. La meta-regla implícita en juego puede identificarse, sin que sea una caricatura inmerecida, como equivalente a la afirmación: «la distribución de los errores siempre debe triunfar sobre la reducción de los errores». Esta meta-regla socava totalmente el objetivo de la búsqueda de la verdad en las decisiones judiciales. Si he insistido en su discusión es porque suele ser el fundamento de gran parte de los debates sobre las reglas probatorias.

3. EL AUMENTO CASI IMPERCEPTIBLE DEL DISTRIBUCIONISMO IMPLÍCITO

El problema que enfrentamos, no obstante, va mucho más allá de los casos en los que la meta-regla en juego se explicita. Si examinamos típicamente (por ejemplo) las *Federal Rules of Evidence* o las *Federal Rules of Criminal Procedure* estadounidenses, lo que afrontamos es una gran cantidad de reglas procedimentales en materia penal que, sin importar su racionalidad inicial o actual, terminan desviando la proporción de las abso-

luciones verdaderas a condenas falsas y la proporción de las absoluciones falsas a condenas falsas, con una mayor inclinación a otorgar al acusado una presunción de inocencia adicional a la ya incorporada en el estándar de prueba. Suponiendo que estas reglas fueron originalmente establecidas con el objetivo concreto de otorgar ciertas concesiones que favorecerían la absolución o por cualquier otro motivo, el hecho es que tales reglas violan el principio de que las reglas probatorias y procedimentales deben promover la reducción de errores (básicamente, la relevancia y la fiabilidad) y no la distribución de errores.

4. ALGUNAS REGLAS PROBATORIAS QUE VIOLAN LA POLÍTICA ANTIDISTRIBUTIVA

A continuación expongo una lista no exhaustiva de reglas probatorias federales que demuestran esta desviación:

1. La exclusión de aquellas confesiones en las que no se haya informado al acusado de sus garantías establecidas en el caso *Miranda*⁴, aun cuando se haya revelado información sobre ciertos detalles del delito que probablemente sólo pudiese conocerlos el autor material del mismo.
2. La regla de exclusión que prohíbe a la acusación usar pruebas que, aun cuando sean irrelevantes, hayan sido obtenidas ilegalmente.
3. El llamado fruto del árbol envenenado, corolario de la regla que excluye pruebas de cargo obtenidas en violación de los derechos constitucionales del acusado, mediante el cual se excluye también cualquier otra prueba que la policía descubra siguiendo información obtenida en un registro o incautación ilícito o a través de una confesión ilegal.
4. La creación de una clase privilegiada de testigos que no están obligados a testificar sobre aquello que el acusado pudo haberles dicho respecto a los hechos delictivos.
5. La insistencia de la regla *Griffin* respecto a que el jurado debe ser instruido para que no haga ninguna deducción desfavorable del silencio del acusado.
6. La exclusión de pruebas sobre la personalidad o los antecedentes del acusado cuando la carga de la prueba corresponde a la acusación (en todos aquellos casos donde pudiera presentarse, excepto en delitos sexuales).

⁴ N. de los TT. También conocida como «*Miranda Rules*», establecida en el caso *Miranda v. Arizona*, 384 US 436, 86 S. Ct. 1602 (1966), que ordena que antes de ser interrogado se le informe al sospechoso que está bajo custodia de la policía que tiene derecho a permanecer en silencio, a tener un abogado presente durante el interrogatorio y a tener un abogado de oficio si no puede contratar uno.

7. La obligación que tiene la acusación de probar, para su admisión, que es más probable que una confesión se ha prestado de forma voluntaria que su negación.
8. El rechazo de aquellas pruebas relevantes que pudieran causar un «prejuicio injusto» en el jurado.
9. La exclusión de confesiones obtenidas después de más de seis u ocho horas a partir de la detención de acusados que durante ese tiempo no han sido puestos a disposición del juez correspondiente, aun cuando tales pruebas han sido confirmadas.
10. No informar al jurado de que el acusado rehúsa dejar que los testigos privilegiados presten su testimonio.
11. La exclusión de una confesión prestada de forma voluntaria y que ha sido corroborada por otras pruebas si el arresto ha sido sin causa fundada.
12. No hacerle saber al jurado que hay testigos que invocaron su derecho a no testificar establecido en la Quinta Enmienda.
13. Los obstáculos que disuaden a los miembros del jurado para que formulen preguntas a los testigos; el hecho de que el jurado no tenga facultad para citar con apercibimiento a aquellas personas que podrían tener algún conocimiento sobre los hechos delictivos o para solicitar peritos independientes cuando consideren que alguna cuestión no está clara.
14. La inadmisibilidad del testimonio indirecto. Pese a que el testimonio indirecto es considerado como fundamento suficiente para ordenar la detención de alguien o para ordenar un registro, resulta inadmisibile en el juicio oral. (Paradójicamente: Las pruebas que en un contexto hacen más probable que el acusado cometió un delito que su negación, luego, no pueden ser presentadas en su juicio oral¹⁸).
15. La regla que prohíbe informar al jurado cuando dos o más personas se enfrentan a un proceso por el mismo delito y una de ellas ha otorgado una confesión voluntaria y admisible en la que implica al otro acusado.
16. La insistencia de la regla Doyle respecto a que no se le informe al jurado que el acusado rehusó contestar el interrogatorio hecho por la policía.

Muchas de esas prácticas probatorias obstaculizan la posibilidad de que el jurado llegue a veredictos correctos, pues le impiden el acceso a pruebas relevantes, a menudo sumamente relevantes. Algunas otras le prohíben al jurado hacer inferencias plausibles (5, 10, 12 y 16). En todo caso, la mayoría de estas reglas incrementarían la probabilidad de llegar a veredictos erróneos

¹⁸ Véase las *Federal Rules of Procedure*: «Las sospechas fundadas pueden basarse en todo o en parte en pruebas testimoniales indirectas.» [*Federal Rules of Procedure*, Rule 4, y reiterado en la Rule 41 (c) (1)].

en global, absoluciones falsas y condenas falsas, a diferencia de lo que haría un conjunto de reglas menos favorables a las absoluciones.

Pese a que carecemos de datos concretos sobre el impacto que cada una de estas reglas tiene en la distribución de errores, parece plausible pensar que éste es significativo. Por ejemplo, en el caso de la regla número 2, un estudio realizado poco después del caso *Mapp v. Ohio*, en donde se amplió el ámbito de aplicación de esta regla a los tribunales estatales, encontró que las declaraciones de culpabilidad del acusado en delitos con estuprefaciones cometidos en la ciudad de Nueva York descendieron de más de un 85 por 100 de los casos a menos de un 30 por 100¹⁹. Una década después, un estudio realizado por el *National Institute of Justice* informó de que, en 1981, la fiscalía de Los Ángeles redujo cerca de un tercio los casos seguidos contra sospechosos por droga por temor a los problemas que los registros y las incautaciones originan²⁰. Si tales datos tienen alguna validez, esta regla por sí misma, en todos aquellos casos donde está implicada, representa de facto un ascenso significativo del estándar de prueba. Peor aún, los efectos distorsionantes de tales reglas pueden sumarse acumulativamente. Aunque prácticamente ningún juicio implica todas las dieciséis concesiones para el acusado, no son raros los casos en los que entran en juego media docena o más de esas reglas. Si cada una de éstas confiere al acusado un beneficio de duda adicional, e indeterminable, al ya incorporado en el estándar de prueba, entonces muchos acusados están recibiendo muchísimas más concesiones probatorias de las necesarias o aprobadas en el pacto social respecto a los costos correspondientes a las absoluciones falsas y a las condenas falsas. En los capítulos siguientes analizaré con mayor amplitud algunas de las reglas probatorias mencionadas en el listado anterior; básicamente con dos objetivos: mostrar que, sin duda, tienen una tendencia a favorecer las absoluciones y explorar cómo podríamos cambiar tales reglas para hacerlas más adecuadas a la búsqueda de la verdad en el proceso judicial.

Por ahora, podría ser útil considerar un ejemplo de la manifestación de valores distribucionistas en las reglas probatorias vigentes. Tomemos el número 6 del listado anterior que se corresponde con la Rule 404 de las *Federal Rules of Evidence*, regula la admisibilidad de pruebas sobre la personalidad o los antecedentes del acusado. Aunque se admitan ciertas excepciones, generalmente esta regla (en el artículo 404 [a]) prohíbe a la acusación presentar cualquier prueba sobre los malos antecedentes del acusado. No puede mencionarse nada sobre sus condenas y detenciones previas. Sin embargo,

¹⁹ Comentario anónimo al caso, «Effect of Mapp v. Ohio on Police Search and Seizure Practices in Narcotics Cases» en *Columbus Journal of Law and Social Problems*, 4 (1968), 30. *National Institute of Justice*, 1982.

La misma regla (artículo 404 [a] 1) permite al acusado, en caso de que así lo decida, presentar pruebas sobre sus buenos antecedentes. La asimetría aquí es total. El derecho del acusado a presentar pruebas de sus buenos antecedentes claramente incrementa la probabilidad de que sea absuelto. Mientas que impedir a la acusación la presentación de pruebas sobre los malos antecedentes del acusado disminuye la probabilidad de que sea condenado.

Sea lo que sea aquello que inspira la lógica de esta regla, no puede estar relacionado con la relevancia y la habilidad. Los antecedentes de una persona, buenos o malos, proporcionan ciertos fundamentos racionales para valorar si probablemente ha cometido el delito que se le imputa. Si esto es así, entonces tanto la defensa como la acusación deben tener libertad para presentar ante el jurado cualquier prueba sobre el pasado del acusado. Los escépticos podrían argumentar que los antecedentes del acusado — sean buenos o malos — tienen poca relación con la probabilidad de que haya cometido el delito específico del que se le acusa. Sin embargo, tal argumento, aunque es sensato, no fundamenta la *Rule 404*. Si los antecedentes del acusado no están realmente relacionados con su culpabilidad o inocencia en el caso en cuestión, entonces la regla debería establecer la exclusión de *todas* las pruebas que versen sobre los antecedentes del acusado, con independencia de que haya sido ofrecida por la acusación o por la defensa. Esta regla tendría sentido si y sólo si tuviéramos pruebas empíricas de que: a) generalmente las personas con buenos antecedentes son poco tendientes a cometer delitos; y, b) las personas con malos antecedentes no son ni más ni menos tendientes a cometer delitos. Sólo si estas dos generalizaciones fueran verdaderas, entonces estaría justificada la admisión de pruebas de buenos antecedentes y la exclusión de pruebas de malos antecedentes. Pero, prácticamente nadie cree en la verdad de estas dos generalizaciones y tampoco existe evidencia empírica que fundamente alguna ellas. Tal vez esta situación sólo sea un reflejo de la preocupación de que si el jurado se entera de que el acusado tiene antecedentes penales, entonces lo condenará automáticamente, sin importar si el resto de pruebas demuestran su culpabilidad en el caso en cuestión. Afortunadamente, tenemos abundantes pruebas de que el jurado no se precipita a hacer este tipo de razonamientos²¹.

Por consiguiente, es necesario buscar otras razones para fundamentar la *Rule 404*. La única razón posible es que sea un medio para darle al acusado,

especialmente al acusado que tiene un pasado accidentado, una fuerte dosis de presunción de inocencia. La regla establece que, aun cuando se considere que los malos antecedentes son una prueba relevante para el caso en cuestión, no se permitirá que el jurado tenga información sobre éstos, puesto que sería más probable que el acusado fuera condenado. Este tipo de condenas, algunas veces, serían erróneas. Por tanto, para eliminar esa posibilidad se deben excluir tales pruebas relevantes.

Teniendo en cuenta esta asimetría, si resulta un veredicto erróneo en un caso en el que los antecedentes del acusado hubiesen sido relevantes, claramente es más probable que éste sea una absolución falsa y no una condena falsa. Peor aún, dado este desvío probatorio favorable al acusado, habrá más sentencias erróneas en global de las que habría si ambas partes pudieran presentar libremente pruebas relevantes sobre los antecedentes del acusado. Por tanto, epistemológicamente es una muy mala política pública.

Es importante mencionar una argucia clave de la regla probatoria sobre los antecedentes del acusado: si el acusado elige presentar pruebas sobre sus buenos antecedentes, entonces la acusación puede presentar, como contrapueba, pruebas sobre sus malos antecedentes. Al reconocer el derecho de la acusación a refutar las alegaciones sobre los buenos antecedentes, a primera vista podría parecer que se anula cualquier ventaja que esta regla otorga al acusado. Sin embargo, al analizar un poco esta cuestión, la primera impresión se disipa.

Una vez que el acusado sabe que si presenta alguna prueba sobre sus excelentes antecedentes, autorizará la acusación a presentar cualquier prueba negativa que tenga al respecto, entonces un acusado racional no presentará pruebas sobre sus buenos antecedentes a menos que crea que la acusación no tiene pruebas para refutarlas. El resultado será que este tipo de pruebas serán generalmente presentadas por aquellos acusados que tengan un historial intacto. Hasta aquí, el resultado es inofensivo. Un sujeto sin antecedentes penales debería poder ofrecer tales pruebas a su favor, ya que son pruebas exculpatorias relevantes. El problema radica en que los acusados que tengan antecedentes inconvenientes optarán por no presentar pruebas al respecto y, con ello, impedirán que la acusación presente ante el jurado pruebas sobre sus antecedentes. La exclusión de estas pruebas que son manifestamente relevantes hace más probable que se absuelva a un acusado con antecedentes peligrosos de lo que sería si ambas partes tuviesen la libertad de presentarlas. En tanto que las pruebas sobre los antecedentes sombríos del acusado incrementan objetivamente la probabilidad de que sea culpable, esta política pública promueve mucho más las absoluciones falsas que las condenas falsas. También produce más veredictos falsos en global de los que produciría una política que permitiese a ambas partes, como prueba

²¹ Según un estudio realizado por Harry Kavven Jr. y Hans Zeisel, en los casos en que los argumentos de la acusación no son sólidos, el jurado que ha tenido información sobre los antecedentes penales del acusado sigue absolviendo en 2 de cada 5 casos (38 por 100). Esto apenas sugiere muy vagamente que el jurado — aun cuando tiene información sobre la historia criminal del acusado — se apresura a condenar solo por el peso de sus antecedentes penales. Véase, KAVVEN Y ZEISEL, 1966: Tabla 52.

relevante, la presentación de antecedentes penales del acusado. Por estas mismas razones, un famoso jurista inglés del siglo XIX, presidente de la Corte Suprema, George Cockburn, argumentó que el carácter asimétrico de esta regla era incoherente:

La verdad es que esta parte de nuestro derecho es una anomalía. Aunque, lógicamente hablando, claramente los antecedentes de mala conducta son un fundamento muy razonable para la presunción y la probabilidad de la culpabilidad, así como los buenos antecedentes son un buen fundamento de la inocencia, la acusación no puede presentar pruebas sobre los malos antecedentes.²²

La Corte Suprema estadounidense reconoce el mismo problema, calificando al derecho que regula este tipo de pruebas como «arraigado, paradójico y lleno de compromisos y compensaciones, en el que una ventaja irracional otorgada a una de las partes es compensada con un derecho de refutación mal fundamentado para la otra parte»²³.

Pocos niegan que las pruebas sobre los malos antecedentes el acusado sean relevantes, aunque no dispositivas, para determinar la culpabilidad del acusado. Son excluidas no porque se les considere irrelevantes, sino por el temor a que el jurado pueda darles mayor importancia de la que racionalmente merecen. Si éste es el temor, entonces ¿por qué la acusación puede presentar tales pruebas cuando el acusado declara al respecto en su propia defensa? La explicación oficial es que si el acusado presta su testimonio, las pruebas sobre sus condenas previas o mal comportamiento no son usadas como argumento de su culpabilidad, sino para impugnar su testimonio al sugerir que, habiendo sido condenado por delito grave, no se le debe otorgar el valor que aparenta a su testimonio. Consideremos la lógica de esta propuesta por un momento. Si el hecho de que Jones ha cometido un delito en el pasado (por ejemplo, el asalto a un banco), aumenta las probabilidades de que ahora esté mintiendo (y esto es lo que la excepción supone), ¿por qué los antecedentes penales de Jones no aumentan también las probabilidades de que Jones ha cometido el delito que ahora se le imputa? Si el antecedente de haber robado un banco es una razón para creer que Jones es un mentiroso, ¿por qué no es una razón para creer que Jones puso en circulación billetes falsos de veinte dólares? Toda la política pública que subyace a la regulación de admisión de pruebas sobre los antecedentes del acusado es un tejido de cuestiones irracionales.

En los próximos capítulos, se verán muchas otras reglas probatorias importantes cuyo funcionamiento es similar, otorgando cada una de éstas un

beneficio de la duda adicional al acusado, además del enorme beneficio ya proporcionado por el estándar «más allá de toda duda razonable».

5. LA EVALUACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS

El curso y la resolución eventual de un juicio oral no dependen únicamente de las pruebas que el jurado conozca, sino también de la secuencia de eventos que conforman el juicio en sí mismo, su preluído y sus repercusiones — lo que los abogados usualmente llaman «procedimientos» —. Así como existen minuciosas reglas probatorias, también hay reglas procedimentales que determinan el flujo y el caudal de los eventos. El derecho reconoce una línea divisoria, no tajante, entre las reglas probatorias y las reglas procedimentales. Es más, a nivel federal en materia penal las reglas probatorias son un subconjunto amplio de las reglas procedimentales. Sin embargo, epistemológicamente funcionan de forma diferente. Tal como he estado usando los términos, las «reglas probatorias» determinan los supuestos hechos que el jurado conocerá sobre el delito, mientras que las «reglas procedimentales» determinan cuándo y cómo esos hechos serán conocidos. Aunque las reglas procesales van mucho más allá de simplemente marcar el devenir de un juicio oral. Éstas determinan, por ejemplo, cómo se selecciona al jurado, qué veredictos pueden ser apelados, quién puede interrogar a quién, las instrucciones que el juez da al jurado, los estándares que el juez debe observar para sus diversas resoluciones, entre otras diversas cuestiones relacionadas con ello. Obviamente, tales procedimientos pueden influir ampliamente en el resultado de un proceso.

Si uno se pregunta sobre el tipo de criterios epistémicos que pueden ser usados para evaluar las reglas procedimentales, muestras herramientas analíticas anteriores — la relevancia y la fiabilidad — son de poca utilidad, puesto que las reglas procedimentales no determinan, al menos no directamente, qué pruebas son admitidas y cuáles son excluidas. Tampoco podemos esperar reducir las reglas procedimentales a un solo principio extensivo, como se hizo con las reglas probatorias. No obstante, existen al menos dos demandas epistémicas que cualquier regla procedimental debe observar:

a) Las reglas procedimentales deben estar diseñadas para optimizar la probabilidad de que el juzgador de los hechos, habitualmente el jurado, reciba la información de forma tal que le permita hacer inferencias válidas sobre la culpabilidad del acusado a partir de las pruebas. Eso es, los procedimientos deben establecerse para reducir la probabilidad de un veredicto inválido²⁴.

²² *Reg v. Rowton*, 10 Cox's Criminal Cases, pp. 29-30.

²³ *Michelson v. US*, 335 US, p. 486 (1948).

²⁴ La Suprema Corte sugirió esto al insistir en que: «Debemos ser conscientes de que la función del proceso judicial es minimizar el riesgo de llegar a decisiones erróneas» [*Addington v. Texas*, 441 US 418, p. 425 (1979)].

b) Las reglas procedimentales, consideradas como un todo, deben crear un sistema de control *autocorrectivo* tal que, si se cometen errores serios a lo largo del procedimiento, su identificación y rectificación sea posible.

Ninguna de estas metareglas parece ser muy polémica. Estos principios son precisamente el tipo de principios a los que se debe recurrir en el diseño de cualquier sistema de investigación, jurídico o de cualquier otro tipo. No obstante, como veremos en los próximos capítulos, muchos de los procedimientos vigentes no pasan estos sencillos test. Entre ellos:

1. La incapacidad jurídica de la acusación para apelar una absolución, aun cuando el proceso esté plagado de serios errores.
2. La incapacidad jurídica de la acusación para exigir a la defensa antes del juicio oral el «*discovery*», a menos que la defensa acepte.
3. La prohibición a los miembros del jurado para que no declaren sobre lo que sucede durante su deliberación, incluso si hay sospechas de irregularidades graves o de mala conducta.
4. Si el acusado ha de declarar, se condiciona a que se haga después de que haya visto las pruebas físicas y escuchado los testigos presentados en su contra.
5. La tendencia generalizada de los tribunales a negarse a definir al jurado el significado de «más allá de toda duda razonable».
6. La facultad tanto de la defensa como de la acusación de invocar un conjunto de las llamadas «tachas sin causa» (*peremptory challenges*), que se usan para inhabilitar, sin ninguna causa o justificación, a los candidatos a miembros del jurado. (Como si estos actos arbitrarios no fueran lo suficientemente negativos, también se presentan ciertas preocupaciones distributivas: cuando se trata de delitos graves, a la defensa se le otorgan más tachas que a la acusación).
7. El hecho de que el jurado no tenga la obligación de explicar ni de justificar su veredicto (lo que hace sumamente difícil la identificación de errores en las conclusiones del jurado).

Dejaré para el siguiente capítulo la discusión más detallada de los procedimientos; por ahora ofreceré un breve ejemplo para ilustrar el tipo de problemas al que nos enfrentaremos. Consideremos el rol del «*discovery*» en un proceso penal (procedimiento número dos en el listado anterior). En el ámbito jurídico, el *discovery* como tal es una idea relativamente reciente. Tradicionalmente, ambas partes iniciaban un proceso ignorando en gran medida el tipo de argumentos que la contraparte presentaría. El acusado, por supuesto, tenía conocimiento de la acusación formal, en la que se le explicaba con detalle los delitos que se le imputaban. Y la acusación sabía lo que el acusado había contestado. Pero más allá de esto, antes del juicio oral se sabía muy poco. Esto significaba que una parte podría verse sorprendida

por la otra. Las revelaciones de testigos inesperados, las pruebas proscritas, las coartadas contundentes, a menudo podían suspender la trayectoria de un juicio o, al menos, desviarlo de la dirección prevista. Desde un punto de vista epistémico, una cuestión importante es que este sistema significaba que una u otra parte procesal era tomada por sorpresa, teniendo que improvisar de forma frenética y extemporánea para afrontar la inesperada situación. Con el creciente reconocimiento de que el elemento sorpresa no favorece al descubrimiento de la verdad, se modificaron las reglas procedimentales para poner en marcha, antes del juicio oral, mecanismos que prevengan ese tipo de situaciones.

Actualmente, según la *Rule 16(a)* de las *Federal Rules of Procedure*, el acusado tiene el derecho de exigir en una audiencia preliminar que el Estado le facilite las copias de todas las declaraciones del acusado que posea y de los testigos propuestos (incluyendo los peritos), las copias de todos los documentos relevantes que tenga y el acceso a todas las pruebas materiales que ha propuesto presentar, etcétera. El acusado debe solicitarlo y el Estado puede dictar una petición similar a la defensa. Hasta este punto, todo bien. El intercambio de información antes de iniciar el juicio oral hace más probable que el debate tanto de las pruebas testimoniales como del resto de elementos probatorios, se haga con la mejor información posible. Esto claramente está conforme con el principio (a), mencionado anteriormente, sobre las reglas procedimentales. Sin embargo, esta reforma legal, además de tardía fue muy mal pensada, pues otorga al acusado el control *unilateral* sobre el inicio del *discovery process*. Eso es, si el acusado no solicita al Estado que revele las pruebas con las que cuenta, entonces el Estado está impedido para solicitarle al acusado el «*discovery*». (Existen algunas excepciones a esto, específicamente cuando el acusado pretende presentar la llamada «defensa afirmativa»).

La pregunta obvia es, ¿si el *discovery* indudablemente contribuye a la búsqueda de la verdad (como parece hacerlo), por qué sólo tiene lugar si y sólo si el acusado lo desea? Si el *discovery* asegura a ambas partes el acceso previo a las pruebas necesarias para preparar minuciosamente sus argumentos, entonces no debería ser manipulado por los intereses particulares de ninguna de ellas. Y, ¿qué intereses se benefician con el establecimiento de una *discovery rule* asimétrica como ésta? La actual *discovery rule* permite al acusado sorprender a la acusación si elige no solicitar el *discovery*, mientras que la acusación no tiene un mecanismo semejante para evitar el conocimiento previo de aquello que serían sus sorpresas. La consecuencia previsible de la «*discovery rule*» en su forma vigente es que los acusados que tienen alguna sorpresa por presentar —del tipo de sorpresas de las que se teme no superarían el examen previo suministrado por el *discovery*—, mantienen la posibilidad de

presentarla si es necesario, esperando sorprender a la acusación desprevénida. Esta no es una forma para descubrir la verdad sobre los hechos del delito. Si el *discovery* tiene algún mérito epistémico (y creo que lo tiene), su ejercicio no debe ser discrecional, ni puesto en manos de una de las partes. Tal y como está ahora, la *discovery rule* otorga al acusado una marcada e infundada ventaja que no está basada ni es compatible con maximizar las posibilidades de que el jurado escuche los mejores argumentos que ambas partes puedan presentar. Este es un ejemplo más de un sistema judicial que intenta jugar con la distribución de errores cuando debe ocuparse por su reducción. En el capítulo 8, analizaremos otros procedimientos epistémicamente cuestionables.

6. CONCLUSIONES

Antes de cerrar esta discusión sobre algunas de las metareglas de la teoría de la prueba y el procedimiento, quizá es necesario decir algo más para disipar la preocupación de que en mi rechazo por el desenfrenado distribucionismo que está presente en la prueba y el procedimiento, mis argumentos revelen una indiferencia, incluso cierta hostilidad, hacia el acusado en un juicio penal. Niego rotundamente tal acusación. Para empezar, la propuesta de que las reglas que regulan un proceso deben ser aquellas que hagan más probable llegar a un veredicto verdadero, no puede ser hostil con el acusado *inocente*. El acusado inocente busca sobre todo un veredicto verdadero. Si mi postura es menos indulgente con alguien, sería con los acusados culpables, con los cuales no me disculpo.

Sin embargo, ante la acusación de minimizar la importancia de inclinar el sistema a favor del acusado, la respuesta más importante es: nada de lo que he dicho descarta desviar el estándar de prueba a favor del acusado tanto como la sociedad prefiera. Mi propuesta es incorporar explícitamente en el estándar toda tendencia a favor de las absoluciones que la sociedad considere apropiada, en función de su valoración respecto a la proporción de acusados inocentes que está dispuesta a condenar, así como su valoración del costo de las condenas erróneas y de las absoluciones erróneas. (Por mi parte, como epistemólogo, tal como he dicho y diré, establecer los límites para ello está fuera de mi competencia, por lo que no es parte de mi análisis. Ahora, como ciudadano, mi postura es que se debería establecer un rango de 0,9, aunque bien podría quedar satisfecho con valores ligeramente más bajos o más altos que ése. Debo confesar que personalmente no me gustaría vivir en una sociedad en la que, como Maimónides, considere que las condenas falsas son mil veces peores que las absoluciones falsas o que entre mil acusados inocentes el sistema de justicia no puede condenar

a más de uno²⁵. Bajo un régimen así, habría muy pocos condenados culpables y prácticamente ninguna prevención del delito).

Una vez establecido el nivel apropiado de parcialidad, debemos dejar que el resto del sistema funcione como una máquina epistémicamente respetable, esto es, que disminuya los errores, que sea una herramienta de investigación neutral respecto a la distribución de los errores y que busque desinteresadamente la verdad. Sólo de esa manera podemos asegurar que el proceso judicial cumple el contrato social previo respecto a los costos de los errores y los éxitos. Sólo de esa manera podemos asegurar que la apreciación del jurado sobre la presunta culpabilidad del acusado es lo más fiable posible.

Cuando presento este argumento a amigos y a colegas, algunas veces me recuerdan que en los procesos penales convencionales un acusado solo — a menudo pobre — se enfrenta al imponente aparato policial y a la estructura de la fiscalía. Normalmente es representado por un defensor público que, en algunas jurisdicciones estadounidenses, tiene un total de menos de siete horas para dedicarle a cada caso²⁶. Esto sugiere que es necesario — y soy incapaz de contar cuántas veces he escuchado esta misma frase en diferentes escenarios — «igualar las condiciones de las partes». La adopción de reglas probatorias y procedimentales que aumentan las absoluciones, se considera como una forma de instaurar la paridad en una situación donde un David cojo se enfrenta a un imponente Goliat.

Los entusiastas de este eslogan pretenden hacernos creer que si no forzamos reglas probatorias y procedimentales a favor del acusado, el acusado inicia «el juego» con grandes desventajas. Se debe identificar la falsedad de este tipo de defensas especiales. El juego — adoptando esta engañosa metáfora por un momento — ya se *inicia* con una fuerte inclinación a favor del acusado dado el estándar de prueba. Con la insistencia en decir que (por ejemplo) por cada condena falsa haya diez o veinte absoluciones verdaderas y con la incorporación de esta decisión en el estándar de prueba, ya hemos dado una enorme ventaja a todo acusado de un delito, sin importar si es culpable o inocente.

El sentido común deja claro que la verdadera desventaja en un proceso penal es precisamente lo opuesto a lo que los distribucionistas pretenden hacernos creer. Desde que se inicia un proceso penal, el acusado culpable promedio está seguro de que, aunque sea culpable, es poco probable que

²⁵ «Es mejor... absolver a mil personas culpables que ejecutar a un hombre inocente». Maimónides, 1967: 270.

²⁶ Oficina de la defensoría pública del Estado de Misori, «Fiscal Year 2004 Annual Report», 1 de octubre del 2004.

sea condenado. El acusado inocente, por su parte, sabe que es extraordinariamente improbable, dado el estándar de prueba, que sea erróneamente condenado. Si permitimos a las reglas probatorias y procedimentales sesgar aún más el proceso judicial para aumentar las absoluciones, entonces no corremos el riesgo de no tener nivelado el campo de juego, sino de inclinarlo aún más.

Por supuesto, es cierto que algunos fiscales tienen a su disposición abundantes recursos financieros y de investigación que el acusado (indigente) no tiene. Pero, ¿esta inclinación en las reglas del juego hace que el acusado esté en una desventaja injusta? Para decidir esto, conteste la siguiente pregunta: si usted fuera un acusado inocente en un proceso penal y tuviera que elegir entre una de las siguientes opciones, ¿cuál elegiría: a) El estándar de la *preponderancia de la prueba* y una fiscalía en una situación económica difícil o b) Un estándar de prueba muy alto y una fiscalía con grandes recursos? Si usted, como yo — sin la menor vacilación — preferiría (b) y no (a), entonces la cuestión queda resuelta.

Este capítulo ha insistido sobre todo en que si nuestro principal interés es descubrir la verdad, entonces no debemos caer en la tentación de reemplazar a la relevancia — y a la fiabilidad — como fundamento de las reglas probatorias, por reglas de exclusión favorables al acusado. Tales reglas, inelegantemente, desvanecen las fronteras entre el genuinamente culpable y el genuinamente inocente, haciendo más probable que el número global de verdiccios erróneos sea mucho más grande del que fuese si las pruebas excluidas fuesen admitidas. Queremos prácticas probatorias que generalmente hagan que el verdadero inocente sea declarado inocente y que el verdadero culpable sea declarado culpable. Lo que no queremos son prácticas que hagan que *algunos más inocentes verdaderos terminen como inocentes*, mientras que *muchos más culpables verdaderos terminen como inocentes*.

LOS ACUSADOS SILENCIOSOS, LOS TESTIGOS SILENCIOSOS Y LOS JURADOS IMPEDIDOS

CAPÍTULO VI

Ahora, como en el pasado, algunos estudiosos de nuestro sistema penal consideran que la inmunidad [esto es, el derecho del acusado a no inculparse] es un daño y no un beneficio, por lo que limitarían su ámbito de aplicación o directamente la eliminarían. Sin duda, persistiría la necesidad de protección contra la tortura física o mental... No obstante, la justicia no perecería si el acusado estuviera obligado a responder a una investigación reglamentada.

Magistrado Benjamin Cardozo¹

Si todos los delincuentes de todo tipo hubiesen pensado y elaborado un sistema con base en sus propios deseos, ¿no es esta regla [el derecho a permanecer en silencio] lo primero que hubiesen establecido para su propia seguridad?

Jeremy BENTHAM²

El derecho del acusado a no inculparse, establecido en la Quinta Enmienda... no está diseñado para aumentar la fiabilidad de la determinación de los hechos, está en la Constitución por razones completamente independientes.

Corte Suprema de los Estados Unidos³

¹ *Palko v. Connecticut*, 302 US 319, p. 320 (US, 1937).

² Bentham, 1827: 241.

³ *Allen v. Illinois*, 478 US 364, p. 375 (1986).

1. EL SILENCIO Y LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD

En los siguientes cuatro capítulos examinaré algunas reglas probatorias y procedimentales concretas para ver si contribuyen a la búsqueda de la verdad o, por el contrario, si interfieren en ésta. Las reglas a analizar son particularmente problemáticas. En lo personal, cuando encuentro reglas que no contribuyen a la búsqueda de la verdad, el experimento mental que propuse en el capítulo I me requiere que explore las alternativas. La discusión comenzará con una amplia familia de reglas probatorias que determinan quién está obligado a testificar y qué inferencias deberían permitírsele hacer al jurado cuando tal testimonio no está disponible. Dependiendo de quién debe rendir el testimonio en cuestión, podemos clasificar dichas reglas en tres clases: el acusado, el testigo con algo que ocultar y el testigo privilegiado.

2. EL ACUSADO

Cuando un sospechoso es arrestado y acusado de un delito — desde el punto de vista de la policía — es una fuente de información potencial y poderosa. Si efectivamente cometió el delito, el sospechoso podría contestar. Pero, independientemente de si lo cometió o no, es muy probable que tenga información sobre los hechos y sobre las personas involucradas. No obstante, desde el preciso momento en que es arrestado, el derecho protege al acusado de tener que revelar lo que sabe. No tiene la obligación de decir nada a los agentes que están llevando la investigación, ni a los oficiales que le arrestaron. Más aún, nada se puede hacer con su silencio. Siguiendo lo que en Estados Unidos se conoce como *Doyle rule*, no se puede informar al jurado de que el acusado rehusó contestar los interrogatorios de la policía.⁴ Durante el juicio oral, la acusación no puede hacer referencia al silencio del acusado sin correr el riesgo de que sea declarado nulo. El juez instruirá al jurado respecto a que la falta de declaración del acusado durante las audiencias previas o durante el juicio oral mismo bajo ninguna circunstancia puede tomarse como prueba, ni siquiera parcial, de su complicidad en el delito. El siguiente es un modelo típico de esta instrucción al jurado en los tribunales federales estadounidenses:

Usted no puede dar ningún significado al hecho de que el acusado no declare. Usted no puede hacer ninguna inferencia desfavorable para él, puesto que no está en la misma posición que un testigo. De ninguna forma usted puede considerar esta situación en contra del acusado durante sus deliberaciones en el cuarto del jurado.... En otras palabras, usted simplemente debe eliminar totalmente de su cabeza el hecho de que el acusado no declaró. Puede haber un sin número de razones para no declarar siendo completamente inocente. El acusado podría estar nervioso, podría tartamudear al hablar o podría tener una voz poco atractiva. Existen cientos de posibles razones. Es simplemente una situación que usted no debe considerar y yo le estoy instruyendo, como cuestión de derecho, para que no lo haga.⁵

En algunas jurisdicciones, el jurado es fuertemente sancionado si viola su juramento de no otorgar significado alguno al silencio del acusado.⁶ En pocas palabras, los tribunales consideran que el silencio del acusado es irrelevante.

3. EL TESTIGO CON ALGO QUE OCULTAR

Algo similar sucede cuando un testigo con una orden judicial de comparencia hace valer su derecho a la no-autoincriminación y, con ello, rehusa testificar. En el caso *US v. Johnson* se determinó que un juez podría negarse a permitir que un testigo declare si advierte que éste pretende hacer valer su derecho contra la autoincriminación.⁷ Si esto sucede, tanto la acusación como la defensa sabrán que si llegan a mencionar que uno de sus potenciales testigos «se ha acogido a la Quinta Enmienda», el juicio concluiría sin recaer sentencia. Si el testigo recalcitante hace valer su derecho justo al momento de su declaración, entonces, generalmente el jurado es apercebido para que no otorgue significado a aquello que ha presenciado.

4. LOS TESTIGOS EXENTOS POR PRIVILEGIOS

La tercera circunstancia en la que el silencio conlleva un tratamiento especial se da cuando un testigo con una orden judicial de comparencia rehusa prestar su testimonio no porque esté alegando su derecho a la

⁴ Model Federal Jury Instructions-Criminal, 5.07.

⁵ El Primer Circuito advierte al jurado: «[El acusado] tiene el derecho constitucional a no declarar y a que ninguna inferencia de su culpabilidad ni de cualquier otra cuestión pueda hacerse del hecho de que [el acusado] no declare. Sería incorrecto que alguno de ustedes hiciera ese tipo de inferencias; es más, sería una violación a su juramento como jurado» (*Ibid.*, 3.03).

⁷ *US v. Johnson*, 488 F.2d 1206, p. 1211 (*Primer Circuito*, 1973).

⁴ Desde 1976, si no es que antes, los tribunales han sostenido que los jueces federales no pueden admitir pruebas de que el acusado, al estar bajo arresto, rehusó contestar las preguntas de la policía [*Doyle v. Ohio*, 426 US 610 (1976)]. Véase también: *Miranda v. Arizona*, 384 US 436, p. 468 (1966)].

no-autoincriminación sino amparándose en la excepción a su obligación de testificar dado cierto vínculo especial con el acusado (por ejemplo, su cónyuge, su abogado, su psiquiatra, su trabajador social o su sacerdote). Si las declaraciones del testigo privilegiado se hacen en ausencia del jurado, ni la defensa ni la acusación podrán mencionárselas. En cambio, si el testigo privilegiado testifica en presencia del jurado, éste será seriamente apertrechado para que ignore lo que ha presenciado.

Desde el punto de vista epistemológico, los tres tipos de silencio tienen dos aspectos problemáticos: primero, el derecho permite que aquellos con información relevante no la transmitan; y, segundo, al jurado no se le informa de que ciertas pruebas relevantes fueron excluidas o, en su caso, se le insta a hacer como si no lo supiese. La metarregla general sobre la relevancia y la fiabilidad, analizada en el capítulo IV, nos exige ser cautelosos siempre que se impida hacer inferencias sobre pruebas relevantes. Este tipo de decisiones, como se ha argumentado, sólo son apropiadas si la información subsiguiente es claramente irrelevante o tan confusa que se tengan razones sólidas para creer que el jurado probablemente inferirá conclusiones incorrectas. En el análisis de este tipo de casos, las preguntas principales serán las siguientes:

a) Permitir a los acusados, a los testigos culpables y a los testigos privilegiados que no digan lo que saben sobre el delito, ¿favorece al interés de la búsqueda de la verdad?

b) Cuando alguno de estos silencios ocurre, ¿se promueve la búsqueda de la verdad al instruir a los jurados para que no le otorguen significado a tales hechos?

En ambos casos, la respuesta implicará decidir si para las deliberaciones del jurado sería relevante que supieran que alguien que tiene información sobre el delito rehúsa revelar lo que sabe. En pocas palabras, ¿es importante el silencio? En lo que sigue se analizarán los tres casos de manera separada.

5. LOS ACUSADOS QUE PERMANECEN EN SILENCIO: EL PROBLEMA

A riesgo de criticar una y otra vez lo obvio, sigue siendo importante decir que las investigaciones que debe llevar a cabo la policía se ven claramente obstaculizadas si alguien con información sobre un delito, dejando de lado al sospechoso, rehúsa decir lo que sabe. De la misma forma, el silencio del acusado interfiere con la obligación que tiene el jurado de determinar los hechos; posiblemente la única excepción son aquellos casos raros en los que

el acusado no sabe literalmente nada sobre los hechos delictivos, ni de su prelado ni de sus repercusiones.

Considérese un caso simple: la policía encuentra ciertos objetos robados en el almacén de Jones, el acusado. Varios testigos declaran que éstos les fueron robados. Inocente o culpable, Jones está probablemente en una buena posición para aclarar cómo obtuvo esos artículos robados. Sin embargo, no está obligado a decir nada. Claramente, esta política pública (que llamaré «el Acusado Silencioso») incrementa las probabilidades de que el Estado no tenga pruebas suficientes para convencer al jurado de la culpabilidad de Jones más allá de toda duda razonable.

No obstante, la cuestión más importante ahora no es si el «Acusado Silencioso» incrementa la proporción de absoluciones (ya que las absoluciones no son *per se* algo negativo), sino el impacto de esta política en la frecuencia de absoluciones falsas y de condenas falsas. A diferencia de un sistema hipotético donde los acusados colaboran en las investigaciones de la policía, podemos presuponer que el «Acusado Silencioso» generará muchas más absoluciones falsas. Si las pases que son genuinamente culpables dicen lo que saben sobre los hechos del delito, es difícil imaginar que muchos de ellos serían absueltos. De igual forma, habría menos condenas falsas dado que sería menos probable que se presentasen cargos penales contra el inocente si el culpable siempre reconociera los hechos. Pero esta comparación no es muy útil, puesto que es muy improbable que los acusados genuinamente culpables que se han resistido a confesar o antes del juicio no han dicho nada sobre su delito a un tercero, digan la verdad si confiesan, incluso haciéndolo bajo juramento.

Una comparación más útil es con un sistema donde los acusados están obligados a testificar pero en el que no tenemos garantías de su veracidad. Obviamente, requerir al acusado para que testifique no es lo mismo que hacer que diga la verdad. Es más, todo abogado sabe que mentir puede ser casi igual a revelar la verdad. Un acusado culpable que testifica a su favor puede verse obligado a probar sus afirmaciones en un interrogatorio cruzado. Las inconsistencias o la implausibilidad de su narración de los eventos pueden llamar la atención del jurado. El jurado puede hacer inferencias del comportamiento del acusado al testificar, epistemológicamente más contundentes que aquello que puedan inferir de su silencio sentado al lado del abogado. Así pues, si en ausencia de la doctrina del «Acusado Silencioso» se pudiese obligar a los acusados a testificar, sería factible suponer que probablemente las absoluciones falsas disminuirían (incluso si la mayoría de los acusados culpables mintieran en su testimonio).

Evidentemente, incluso en ausencia del derecho constitucional a permanecer en silencio, un acusado podría elegir permanecer callado cuando

es llamado a testificar. A no ser que se haga uso de instrumentos de tortura como las empulgueras o el potro o bien enviarlo a la cárcel por desear, nada puede forzar a un acusado que rehúsa testificar. Con independencia de si el sistema otorga o no a los acusados el derecho a permanecer callados, éstos obviamente pueden hacerlo. En este sentido, el «Acusado Silencioso» es potencialmente un elemento de cualquier conjunto de procedimientos penales, nos agrada o no.

Pese a esto, el sistema puede incorporar incentivos adicionales para fomentar el testimonio del acusado. De hecho, en la historia del *common law* ha habido sólo un incentivo de este tipo: los jurados tenían libertad para inferir del silencio del acusado cualquier conclusión que consideraran apropiada. Por ello, los acusados que se negaban a testificar corrían el riesgo de que tal hecho llevara al jurado a conclusiones no favorables para ellos. El famoso caso *Griffin*, al sostener que el jurado violaría un derecho constitucional del acusado si atribuyese algún significado a su silencio, terminó con esta práctica en 1965. Si se derogara lo dispuesto en *Griffin*, se restablecería una poderosa razón para que el acusado decida contar su parte de la historia.

El problema no es solamente la falta de incentivos sino, agravando más la situación, una serie de fuertes disincentivos para testificar, creados, como en el caso *Griffin*, por los tribunales. Consideremos algunas de las situaciones por las que podría pasar un acusado que decide testificar. En el momento en que sube al estrado, la acusación puede introducir en el interrogatorio cruzado una larga lista de cuestiones incriminatorias que previamente habían sido excluidas. Por ejemplo, si el acusado tiene antecedentes penales, la acusación puede usar esta información como argumento para desvirtuar el testimonio del acusado. Si el acusado confesó ante la policía y después se retractó, llevando al juez a excluir esta prueba, la acusación podrá dar cuenta de esta situación ante el jurado. Si el juez excluyó pruebas relevantes pero ilícitamente incautadas, éstas pueden ser súbitamente introducidas para desvirtuar la credibilidad del acusado. En pocas palabras, las reglas vigentes crean una situación en la que cualquier sujeto que es acusado, especialmente el que es culpable, tiene muchísimas razones para no testificar. Esto no es un buen augurio para la búsqueda de la verdad.

Si la política del «Acusado Silencioso» no existiera, los jurados, a la hora de analizar las pruebas presentadas en contra del acusado, podrían hacer inferencias adecuadas de tal negatva. Esta política tendería a reducir el número de absoluciones falsas. Por ello, parece claro, tal como señala BENTHAM en la cita al inicio de este capítulo, que la política del «Acusado Silencioso» sirve al interés del acusado que es genuinamente culpable.

¿Esta política también promueve los intereses del inocente? Podemos imaginar circunstancias en las que un acusado genuinamente inocente pen-

saría que si ofrece pruebas a la policía o testifica ante el juzgado, es más probable que sea condenado erróneamente. Por ejemplo, posiblemente cuente con información sobre los hechos delictivos que lo hagan parecer culpable, pese a que haya sido otra persona la que cometió el delito. O quizá tema que su aspecto genere en el jurado un prejuicio irracional en su contra. O, tal vez, le preocupa que su testimonio veraz implique a alguien que aprecia, a quien quiere proteger de cualquier sospecha.

Vamos a suponer que el «Acusado Silencioso» — entendido tanto como el derecho a permanecer en silencio, así como el «derecho» a que ese silencio no sea considerado en el razonamiento del jurado — puede proteger de la condena a un pequeño grupo de acusados inocentes. ¿Es esto suficiente para legitimar tal política? Como se argumentó en el capítulo anterior, para responder a este tipo de preguntas es necesario calcular, y después comparar, las condenas falsas que impidió y las absoluciones falsas que generó, una comparación que los defensores del «Acusado Silencioso» convenientemente nunca hacen.

¿La negativa de un acusado a decir lo que sabe (a la policía o al juzgador de los hechos), debería ser un elemento a considerar en las deliberaciones del jurado sobre los hechos? Esta es una cuestión sencilla. En la vida ordinaria, cuando existen pruebas plausibles de las fechorías de un sujeto y éste, confrontado con esas pruebas, rehúsa hablar sobre ello, esa negativa se toma normalmente como un indicador (atención, no como determinante de un hecho probado sino como un indicador relevante) de que está escondiendo algo. En suma, el silencio del acusado frente a pruebas plausibles de su culpabilidad es relevante para decidir respecto a su culpabilidad. Entonces, es evidente que la política del Acusado Silencioso, al liberar al acusado de la obligación de hablar al respecto y, luego, no permitiendo al jurado otorgar significado alguno a ese silencio, tiene una mayor tendencia a proteger de la condena al culpable que al inocente. En términos llanos, no hay una justificación epistemológica del Acusado Silencioso.

No obstante, la perspectiva de cambiar a un sistema donde los acusados son requeridos para que presen su testimonio es escasa. Gran parte de la teoría — o mejor, de la ideología — sostiene que el Acusado Silencioso es el gran baluarte, el paladín de nuestras libertades. Una típica exageración promotora de esto es el siguiente párrafo escrito por el magistrado Arthur I. GOLDBERG (acordado por unanimidad en la Corte Suprema) en un caso clásico de 1964:

El derecho que protege de la autoincriminación «sienta un importante avance en el desarrollo de nuestra libertad» — «uno de los grandes acontecimientos en la lucha del hombre por la civilización». Éste refleja muchos

de nuestros valores fundamentales y de nuestras más nobles aspiraciones; nuestra poca disposición para poner a los sospechosos de un delito en el cruel trilema de la autoincriminación, el falso testimonio o el desacato; nuestra preferencia por un sistema de justicia penal acusatorio y no por uno inquisitivo; nuestro temor de que las declaraciones auto-inculpatorias sean obtenidas mediante abusos y tratos inhumanos; nuestro sentido de *fair play* que dicta «un justo balance en la relación individuo-Estado, exigiendo al gobierno no molestar a los individuos a menos que haya una razón fundada para ello y, además, exigiendo al gobierno que en su lucha contra el individuo asuma toda la carga»; nuestro respeto por la inviolabilidad de la personalidad humana y el derecho de cada individuo «a un enclave privado donde pueda situar su vida privada»; nuestra desconfianza a las declaraciones auto-condenatorias; y nuestra comprensión de que esta prerrogativa, aunque algunas veces sea «un amparo para el culpable», a menudo es «una protección para el inocente».⁸

Dejemos de lado el recelo que se produce cuando jueces inteligentes, como GOLDBERG, recurran a este tipo de retórica rimbombante, pues pareciera que tienen pocos argumentos serios para sustentar su postura. Mejor tomemos literalmente ese pasaje y veamos si tiene algún sentido. Claramente, sólo las últimas afirmaciones de GOLDBERG respecto al Acusado Silencioso están relacionadas con la búsqueda de la verdad. Por ello, comencemos con éstas y más tarde regresaremos a los argumentos no-epistémicos. En su última oración, GOLDBERG, con el fin de confrontar dos ideas, usa retóricamente los adverbios «algunas veces» y «a menudo», invitándonos engañosamente a creer que es más probable que el Acusado Silencioso proteja de la condena al inocente y no que asegure la absolución al culpable. Por supuesto, como ya se ha dicho, es posible concebir casos donde el ejercicio del «derecho» a permanecer en silencio puede proteger de la condena al inocente. Sin embargo, estos casos se ven desbordados por el número de situaciones en las que podemos concebir un rol trascendente del Acusado Silencioso para la absolución del culpable. Si GOLDBERG no estuviera interesado en defender un argumento ad hoc, podría haber dicho de una manera menos engañosa que el Acusado Silencioso «a menudo» ofrece protección al culpable y «algunas veces» al inocente. Tal franqueza habría, por supuesto, debilitado la conclusión que pretende ofrecernos.

Sin embargo, podría decirse que aun cuando el Acusado Silencioso sólo protegiese de la condena al poco frecuente acusado que es genuinamente ino-

cente, tales éxitos son valiosos y deben promoverse. Para no caer en el engaño de la lógica general del argumento de GOLDBERG, tengamos en cuenta que muchas políticas públicas manifestamente absurdas «ofrecerían protección al inocente». Por ejemplo, una política pública que susiente que las mujeres acusadas deberían ser automáticamente absueltas o una que considere que se deben excluir las pruebas en contra de todos los acusados negros que son zurdos, «a menudo» protegerían al inocente. ¿Tenemos alguna razón para pensar que la circunstancia de ser mujer o ser un sujeto negro y zurdo o un Acusado Silencioso, indican con mayor probabilidad la inocencia y no la culpabilidad? A menos que tengamos tales razones, esta prerrogativa no está justificada.

Consideremos brevemente algunos otros puntos señalados por GOLDBERG. El «trilema cruel» que menciona: si se obligara a los acusados a prestar su testimonio bajo juramento, las graves elecciones a que se enfrentarían, según él, son *a)* admitir su culpa, *b)* mentir estando bajo juramento y, por ello, cometer perjurio; o, *c)* permanecer en silencio y afrontar cargos por desacato a la autoridad judicial o una inferencia desfavorable de su silencio por parte del jurado. Adviértase que el acusado *inocente* no afronta este trilema. El puede decir lo que sabe sin reconocer su culpabilidad ni prestar un falso testimonio. El individuo que enfrenta el cruel conjunto de opciones señaladas por GOLDBERG es el acusado culpable. Y, ¿son estas opciones realmente crueles? Obviamente ninguna persona razonable vería con agrado tener que elegir entre alguna de ellas. Pero si el acusado es culpable, él se puso a sí mismo en tal trilema, nadie le obligó a cometer el delito. Si cometió el delito y sin el derecho al silencio, efectivamente tendría que elegir entre confesar, mentir o mantenerse obstinadamente en silencio y soportar cualquier inferencia adversa que el jurado pudiera hacer de su actitud intransigente.

No hay nada en este acertijo que lo haga más «cruel» que la situación de un esposo infiel enfrentado por su esposa con pruebas de su infidelidad, en la cual debe decidir si confiesa sus líos amorosos, si miente o si se mantiene firme ignorando el problema. GOLDBERG parece argumentar que se debe proteger al acusado culpable de algunas de las consecuencias generadas por su infracción al derecho. Y aquí no se trata ya de mero sentimentalismo, como en el caso del esposo infiel, sino que se dirige a una sujeto que no puede aducir fuertemente tales sentimientos.

Otra parte del fragmento de GOLDBERG a la que debemos prestar atención —puesto que representa una opinión generalizada en el ámbito jurídico, especialmente entre los abogados de la defensa—, es la concepción del juicio como un proceso que debe satisfacer nuestro sentido de «*fair play*» y en el cual es necesario imponer un «balance» entre el Estado y el acusado. Esta concepción del proceso penal nos invita a pensar como el juego de un deporte. Como en todo juego, ninguno de los jugadores debe tener ventajas. Akhil Amar y Renee

⁸ *Murphy v. Waterfront*, 378 US 52 (1964). (Se omiten las citas) El juez Henry FRIEDMAN (1968: 677) al respecto observó agudamente que «hasta el punto en el que expresiones elocuentes relativas al silencio. La prosa de GOLDBERG, mucho más elaborada y florida, es típica de este género».

LEWIS (1995: 857-892) acertadamente han descrito esta situación en los siguientes términos: «Algunas veces, la idea de un balance justo colapsa con... la idea de que debemos dar una ventaja inicial a los delincuentes solo para que puedan mantener interesante el juego». En efecto, GOLDBERG, al insistir en que no se puede obligar al acusado a testificar ni tampoco usar su silencio para argumentar su culpabilidad ante el jurado, sugiere «poner en desventaja» a la acusación.

Pero un proceso judicial no es un juego ni (como GOLDBERG dice) una «lucha». Sino un esfuerzo serio e importante para encontrar la verdad acerca de un delito. En todo caso, se meritaria la seriedad de un torneo de fútbol si se pide que se ajuste la posición de los postes de la portería para que cada equipo tenga las mismas oportunidades de «ganar». A menos que exactamente la mitad de todos los que llegan a juicio oral fueran inocentes, entonces esto sería apropiado. Pero no tenemos fundamentos para crear esto y, en cambio, si tenemos muchos motivos, enumerados en los capítulos anteriores, para dudarlo. Lo importante no es que cada acusado tenga un 50 por 100 de oportunidades de ganar, sino que el sistema esté configurado para que sea menos probable que el inocente sea condenado y, al menos ligeramente poco probable que el culpable sea absuelto⁹. Por supuesto, esto no debe aumentar ampliamente las probabilidades de que el acusado inocente sea condenado; el estándar «más allá de toda duda razonable» ya asegura la inclinación contraria. Como RICHARD VULLER (1987: 1174) ha observado correctamente, «las desventajas no tienen lugar en la determinación judicial de la culpabilidad de un delito». La última respuesta a aquellos abogados de la defensa que insisten en una «lucha justa», es recordarles que si realmente quieren un *fair play* entre la acusación y la defensa, entonces el estándar «más allá de toda duda razonable» debería sustituirse por otro estándar de prueba que conceda la victoria a quien tenga el argumento más plausible.

Otro punto de GOLDBERG, que es también comúnmente usado, es que de acuerdo con la Quinta Enmienda el derecho a permanecer en silencio es una parte importante del respeto a la vida privada de la persona, sea culpable o inocente. Como este argumento no está relacionado con la búsqueda de la verdad, se analizará detalladamente en el capítulo IX.

6. LA CUESTIONABLE EPISTEMOLOGÍA DE LOS JURADOS IMPEDIDOS

Entonces, en un mundo ideal se obligaría a los acusados a decir lo que saben acerca de los delitos que se les imputan. Pero, incluso si la predo-

miante (mala) interpretación de la Quinta Enmienda está tan fuertemente avanzada como para intentar modificarla por las simples preocupaciones por la búsqueda de la verdad, las actuales políticas públicas sobre el silencio del acusado podrían ajustarse para que contribuyan a reducir el error global en los veredictos.

La clave está, como se ha visto, en que el Acusado Silencioso tiene dos partes constitutivas. La primera dice que el acusado no necesita testificar. Y la segunda impide tanto a la acusación como al juez hacer referencias a la negativa del acusado a defenderse o a su no cooperación en las investigaciones policiales. También insisten en que el juez — a petición del abogado de la defensa o por iniciativa propia — instruya al jurado respecto a que no puede hacer inferencias adversas del silencio del acusado. Como dice la Corte, el jurado debe hacer como si eso nunca hubiese pasado.

Por obvias razones, a la parte de la regla del Acusado Silencioso que prohíbe a los jurados hacer inferencias plausibles del silencio del acusado la llamare «Jurados Impedidos». Únicamente se acepta que no es un mandato constitucional. Nada hay en la Quinta Enmienda o en algún otro lugar de la Constitución sobre esta prohibición. Eso no es muy sorprendente, ya que desde los primeros días de la República hasta mediados del siglo XX se acostumbraba que el jurado tuviera la libertad de hacer cualquier inferencia del silencio de los acusados que les pareciera apropiada. Como muchos de los actuales estudios sobre la práctica penal del primer siglo de la República aclaran, en aquel entonces nadie interpretaba que la Quinta Enmienda establecía la posibilidad, *libre de sanción o reprimenda alguna*, de que el acusado se negara a responder las preguntas de la policía o de la acusación. Por el contrario, formaba parte de las reglas probatorias del *common law* y, además, era una doctrina consagrada en muchas constituciones estatales que si el acusado permanecía en silencio durante su juicio oral, el jurado podía tomar ese silencio como prueba parcial de su culpabilidad. Este principio fue formulado, por ejemplo, en la constitución del Estado de California en los siguientes términos:

La falta de explicación [por parte del acusado] o la contradicción en su testimonio respecto a cualquier prueba o hechos del caso que le sean adversos, puede ser señalada por el tribunal y por el abogado, y puede ser tomada en cuenta por el tribunal o por el jurado.¹⁰

En muchos otros estados de la Unión Americana, las constituciones o los parlamentos hacen estipulaciones similares. El magistrado Felix FRANKFUR-

⁹ «La igualdad entre los concursantes está hecha para la buena práctica del deporte, pero en una investigación penal debemos buscar la verdad y no el entretenimiento». GARANO, 1986: 677.

¹⁰ Constitución de California, artículo I numeral 13.

TER expuso claramente por qué los tribunales y los legisladores insistían en que se permitiera al jurado hacer inferencias del silencio del acusado:

Los hombres sensatos y razonables en los asuntos importantes de la vida consideran significativo que un hombre permanezca en silencio cuando es confrontado con pruebas serias y fiables en su contra teniendo el poder de refutarlas. La idea de que si se permite al jurado hacer lo que hacen los hombres sensatos y razonables todos los días, entonces se violan los «principios inmutables de justicia» tal como son concebidos por una sociedad civilizada es trivializar la importancia del «debido proceso». No se violan.¹¹

Recientemente, en 1947, la propia Corte Suprema de los Estados Unidos manifestó su acuerdo con la constitución de California respecto a que la falta de la declaración del acusado no carece de importancia. En el caso *Adamsen v. California*, sostuvo:

Parece muy normal que cuando un acusado tiene la oportunidad de negar o explicar los hechos y decide no hacerlo, la acusación deba poner de relieve la fuerza de la prueba comentando la falta de explicación o negación del acusado.¹²

Muy poco tiempo después, en la última mitad del siglo pasado (1960), mediante una serie de sentencias resueltas por la Corte se determinó que esta práctica era inconstitucional. Lo que había parecido «muy normal» para la Corte Suprema en 1940, en menos de dos décadas se convirtió en una práctica violatoria de los derechos constitucionales del acusado. Luego alrededor de 1965, la Corte Suprema — en un caso evidente de creación de un mito histórico — estaba argumentando que permitir que la acusación aludiera en cualquier forma al silencio del acusado sería regresar al monstruo de todos los sistemas de justicia anglosajones, es decir, la Inquisición: «Hacer alguna referencia a la negación [del acusado] a declarar», apuntó la Corte, «es un vestigio del «sistema de justicia penal inquisitivo»». ¹³ Y uno se cuestiona, ¿cómo tales comentarios podrían ser un vestigio de ese sistema extranjero cuando el *common law* angloamericano y la propia Corte Suprema hasta 1960 sistemáticamente los habían aceptado?

No contentos con negar a los jueces y a la acusación el tradicional derecho a hacer referencias al silencio del acusado, la Corte dio un paso más adelante. En 1981, insistió en que si el abogado de la defensa lo pedía, el juez

debería instruir al jurado para que no le diese significado alguno al silencio del acusado. En aquel momento, la Corte consideraba que:

El caso *Griffin* apoya la teoría de que un acusado no debe pagar ningún precio impuesto por un tribunal por ejercer su prerrogativa constitucional a no declarar. La sanción fue impuesta en *Griffin* por una referencia adversa al silencio del acusado; la pena puede ser igual de grave cuando no haya una alusión adversa, pero se deja divergir ampliamente al jurado, guiado únicamente por su instinto común, para hacer amplias inferencias sobre la culpabilidad del acusado a partir de su silencio. Incluso sin una referencia adversa, los miembros de un jurado, a menos que sean instruidos, podrían sacar conclusiones desfavorables del silencio del acusado.¹⁴

Para 1981, estaban en su lugar todos los elementos clave del Jurado Impedido: ni el juez ni la acusación podrían mencionar que el acusado no había prestado su declaración y (en caso de que el jurado hubiese presenciado este hecho) el jurado era instruido para que no sacara ninguna conclusión de ello. Para completar la historia, la Corte Suprema decidió en los casos *Miranda* y *Doyle* que no se podía informar al jurado que un acusado había rehusado contestar las preguntas de la policía en las diligencias preprocesales.¹⁵

Entonces, el Jurado Impedido es una política relativamente nueva, inventada como una ficción pura por la Corte Suprema a mediados del siglo XX. Al igual que los derechos inventados en el caso *Miranda* por la misma Corte y en la misma época. El Jurado Impedido carece de importancia histórica y no tiene un precedente constitucional.

La pregunta ahora es si conceptualmente es coherente. Como el pasaje citado específica, el Jurado Impedido descansa en dos argumentos muy diferentes. El primer argumento es que el derecho del acusado a permanecer en silencio no sería realmente un derecho si los acusados fueran sancionados por ejercerlo al permitirle al jurado sacar inferencias de éste. En opinión de la Corte, permitir al jurado darle un significado al silencio del acusado «empaña su prerrogativa [a permanecer en silencio] al hacer costoso su ejercicio».¹⁶ VAN KESSEL (1985:11) ha resumido la postura actual de la Corte diciendo que «si el silencio del acusado ha de tener algún sentido, éste debe descansar en limitar las consecuencias desfavorables que emanan de su

¹⁴ *Carter v. Kentucky*, 450 US 288, p. 301 (1981).

¹⁵ La Corte estableció: «No está permitido castigar a un individuo por ejercer la prerrogativa que le otorga la Quinta Enmienda cuando está bajo interrogatorio de la policía. Por tanto, la acusación no puede usar durante el juicio oral el hecho de que éste permaneció callado o el hecho de que haya alegado su derecho frente a la acusación» [*Miranda v. Arizona*, 384 US 436, p. 468 (1966)].

¹⁶ Véase: *Murphy v. Waterfront Comm'n*, 378 US 52 (1964).

¹¹ *Adamsen v. California*, 332 US 46, p. 60 (1947).

¹² *Ibid.*, p. 56.

¹³ *Griffin v. California*, 380 US 609, p. 614 (1965).

ejercicio». Si el hecho de tener una prerrogativa implica el derecho a su ejercicio libre de toda sanción, es una cuestión que queda fuera del ámbito de la epistemología *per se*, por lo que retomaremos este punto en el capítulo IX.

El segundo argumento, y mucho más pertinente, es que los tribunales deberían restringir las «inferencias desfavorables» que se hacen de la negativa del acusado a declarar, puesto que tales inferencias podrían ser falsas o inválidas. Hay dos formas en las que se puede entender esta pretensión. Una de ellas es que la decisión del acusado de permanecer en silencio es completamente irrelevante (en el sentido estricto discutido en el capítulo 4) respecto a su culpabilidad o inocencia. La otra, asume la relevancia del silencio del acusado pero supone que los jurados — si no se les impidiese hacer inferencias a partir de éste — podrían otorgarle más peso del que razonablemente puede merecer. Se teme que el jurado considere tan concluyente el silencio del acusado como para condenarlo simplemente porque permaneció callado — a menos que el juez explícitamente le advierta que no puede hacerlo—. Una aproximación epistemológica a los méritos del Jurado Impedido debe intentar responder dos preguntas:

a) Primera, ¿es plausible que el silencio del acusado no esté objetivamente relacionado con su culpabilidad o inocencia? Ya se ha dicho que puede haber todo tipo de circunstancias por las que un acusado inocente puede decidir no declarar. Esto debería ser ya suficiente para convencernos (y también al jurado) de que cualquier inferencia simplista de «el acusado permaneció callado» a «el acusado es culpable», sería una falacia. Pero la práctica actual de la Corte no es sólo aconsejar al jurado que sea cauteloso al vincular el silencio y la culpabilidad. Sino que se le advierte que bajo ninguna circunstancia podrá considerar que el silencio del acusado aumenta en lo más mínimo la probabilidad de su culpabilidad. Peor aún, los tribunales no ofrecen al jurado un argumento plausible de por qué sería poco razonable hacer una inferencia adversa del silencio.¹⁷

En efecto, ignorar el silencio del acusado parece un grave error, es fácil imaginar circunstancias en las que éste debería tener un gran peso en las deliberaciones del jurado. Considérese el siguiente caso hipotético: John es acusado de robar el carro de Joan. Varios testigos aparentemente fiables identifican a John en el vecindario de Joan en el momento en que ocurrió el robo. La policía localizó el carro robado en un garaje cerrado que pertenece a John. El volante tenía las huellas digitales de John. Sin embargo, aún es

concebible que John sea inocente. Una vez que el jurado ha escuchado las conclusiones provisionales de la acusación, su pregunta primordial será si John puede ofrecer un relato plausible que tome inocuos a tales hechos inculpativos. El jurado probablemente piense: si él es inocente será capaz de explicar convincentemente tales hechos. Si John rehúsa declarar, su negativa no hará más plausible la explicación del caso de lo que ya era. Lo que sí puede hacer su falta de explicación es dejar al argumento de la acusación como el único argumento plausible sobre la mesa. La importancia que daría un jurado racional al silencio de John surge de la clara falta de un relato alternativo que les sea expuesto. Por defecto, su silencio podría determinar su condena, puesto que las conclusiones provisionales de la acusación fueron razonablemente convincentes desde el principio.

Los juristas simpatizantes del Jurado Impedido nos recordarán que el acusado no está obligado legalmente a ofrecer su versión de los hechos al jurado. Esto es verdad. Pero si él no ofrece ninguna historia exculpativa y si las conclusiones provisionales de la acusación son plausibles y convincentes, entonces queda en manos del jurado concebir alguna. Cualquier historia que el jurado conciba ineclídicamente tendrá menos credibilidad que la historia que hubiese podido ofrecer el propio John mediante su declaración. A los juristas podría no gustarles el hecho de que los jurados racionales considerarán más plausible la hipótesis de la inocencia de John si el propio John ofrece una declaración que corrobore esa hipótesis, pero es un hecho. A John no se le exige ofrecer tal testimonio (esto es lo que indica el derecho a permanecer en silencio), pero, si no lo hace difícilmente podremos culpar al jurado si concluye que John tiene algo que ocultar y, además, cualquier hipótesis que lo absuelva parece menos plausible de lo que sería si fuese sostenida por su propio testimonio.

Podemos formular este punto de otra manera. El argumento epistémico del Jurado Impedido sostenido por la Corte Suprema básicamente es que el acusado inocente algunas veces optará por permanecer en silencio. Esto sirve para fundamentar que el silencio no es un indicador infalible de la culpabilidad, pero sólo fundamenta esto. No es un fundamento para decir que el silencio es irrelevante a la hora de determinar la culpabilidad del acusado, que es lo que el derecho debe fundamentar si pretende decir con alguna autoridad epistémica que el jurado debe ignorar el silencio. Imponer estos límites al jurado respecto al silencio del acusado con el fundamento de que las inferencias de culpabilidad que puede hacer a partir de éste podrían algunas veces ser incorrectas, es exactamente igual a insistir en que la acusación debería tener prohibido presentar pruebas para demostrar que el acusado tenía un motivo o la oportunidad de cometer el delito, puesto que algunas veces las personas que son inocentes tienen tanto los motivos como la oportunidad para hacerlo. O es como decir que la acusación no puede presentar testigos

¹⁷ Como Richard Posner (1999: 1534, 1535) ha observado, «los jueces que quieren que el jurado tome en serio el principio de que no debe inferirse la culpabilidad de la negativa a renunciar al derecho a la no autoincriminación, tendrían que dar una explicación creíble de por qué una persona inocente podría temer las consecuencias de testificar».

oculares de cargo porque algunas veces señalan a acusados inocentes. Para determinar la irrelevancia del silencio, los tribunales superiores tendrían que aducir pruebas de que es igualmente probable que tanto los acusados inocentes como los culpables guarden silencio en sus respectivos juicios. Después de todo, es esto lo que la irrelevancia significa. Sin embargo, no se han hecho estudios empíricos que muestren este resultado contradictorio. Es más, incluso es dudoso que los tribunales pudiesen sólidamente sostener que el silencio del acusado es irrelevante para decidir la culpabilidad o la inocencia del acusado. De hecho, en 1976 la Corte Suprema admitió que la regla Griffin «tiene poco que ver con un juicio justo y, en lugar de aumentar, elimina las probabilidades de llegar a decisiones correctas».¹⁶

b) Por otro lado, la segunda pregunta que se debe intentar responder es que aun si se admite que algunas veces se pueden hacer inferencias adversas adecuadas de la negativa del acusado a declarar, ¿el jurado tiende — si es que tiene permitido valorar el silencio del acusado — a darle mayor peso de lo que debería? Los partidarios del Jurado Impedido sugieren que los jurados se precipitan en todos los casos en los que el acusado permanece callado y usan esta situación para justificar una condena. El siguiente es un ejemplo de cómo una estudiosa del derecho, María Berger (1999: 1040), estructura este argumento:

Para muchas personas ningún hombre inocente permanecería en silencio ante sus acusadores. La naturaleza perjudicial de esta prueba, combinada con su cuestionable fiabilidad, fundamenta su exclusión para favorecer la función de la búsqueda de la verdad que tiene el proceso penal.

Este argumento es plenamente confuso. El jurado ya sabe que el acusado no tiene la obligación de decir nada. Si fuera cierto que se escandalizaran de esta situación, ninguna instrucción por parte de un juez les impediría usar ese hecho en sus deliberaciones privadas sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado.

Pero es absolutamente falso que los jurados condenen siempre o generalmente a todo acusado que mantiene la boca cerrada. Recordemos que hasta 1960, los tribunales penales estadounidenses en el ámbito estatal permitían explícitamente hacer referencia al silencio del acusado y autorizaban al jurado para que lo valorara libremente. Y literalmente, decenas de miles de acusados que no prestaron su declaración fueron absueltos. Berger no ofrece pruebas sobre su afirmación de que el jurado común se desplaza fácilmente, con independencia de las pruebas disponibles, del silencio del acusado a la culpabilidad del acusado. Durante un par de siglos del dere-

cho estadounidense, los jurados se mostraron perfectamente capaces para ver que no se había probado la culpabilidad del acusado incluso cuando el acusado no había dicho nada a su favor. El argumento de Berger es incluso más engañoso cuando trata de vender al Jurado Impedido como un principio que promueve la «función de la búsqueda de la verdad» del derecho. Todo lo contrario: la frustra. Su argumento es igual, aunque en un tema distinto, al argumento epistémico erróneo del magistrado GOLDBERG.

Segue siendo plausible que aun cuando los miembros del jurado no se precipiten a declarar la culpabilidad del acusado cuando éste permanezca en silencio, sí le atribuyan un peso mayor del que racionalmente merece. Si no se cuenta con datos empíricos convincentes al respecto, los partidarios y los oponentes del Jurado Impedido continuarán en una absurda disputa.

Consideremos el punto al que hemos llegado. Sin duda, si el Jurado Impedido no bloqueara todas esas inferencias, en muchos procesos penales la negativa del acusado a declarar incrementaría las probabilidades de que un jurado racional lo condene. Si se eliminara al Jurado Impedido, aun queda la posibilidad (cuyo alcance desconocemos) de que el jurado condenase cuando, racionalmente, las pruebas son insuficientes para justificar tal decisión, a pesar de que el juez le haya dado elaboradas instrucciones para alertarle sobre ese paso. No obstante, estamos comparando una política — la actual — que está determinada para producir muchos veredictos erróneos, con una política (la anterior a 1960) que puede o no estarlo. Los errores de la política vigente serán generalmente absoluciones falsas; los errores del sistema anterior pudieron ser condenas falsas. Como se ha argumentado en capítulos anteriores, nuestra elección por una u otra política debe guiarse por la preocupación en reducir la proporción global de errores y no por el deseo de distribuir los errores de forma tal que se promuevan mucho más las absoluciones. Con estos fundamentos, el Jurado Impedido debería eliminarse y regresar el sistema al estado que tenía antes de *Griffin*, previniendo a los jurados para que no asignen al silencio del acusado un peso mayor del que merece en el caso en cuestión.

Una política con estas características es la regla actual en los tribunales ingleses. Cuando un acusado ha ejercido su derecho al silencio, un juez inglés dice:

El acusado no ha declarado. Es su derecho. Pero como se le ha dicho a él, la ley dice que ustedes pueden hacer de su negativa las inferencias que consideren apropiadas. Negarse a testificar es un hecho que en sí mismo no puede probar la culpabilidad pero, dependiendo de las circunstancias, ustedes pueden considerar dicha negativa en su contra a la hora de decidir si él es culpable... [Concretamente] si las pruebas que él aporta no ofrecen una explicación adecuada de la ausencia de su declaración, entonces pueden ustedes considerar en su contra tal falta. Hacer esto tampoco es obligatorio. ¿Qué

¹⁶ *Baier v. Palmigiano*, 425 US 308, p. 319 (U.S., 1976).

inferencias apropiadas pueden hacer de la decisión del acusado de no comparecer ante ustedes? Si ustedes deducen que si él tiene pruebas a su favor entonces puede responder a la acusación en su contra, posiblemente consideren que el acusado debería comparecer como testigo y dárles una explicación o una respuesta a la causa seguida en su contra. Si la única explicación sensata de la decisión de no comparecer es que el acusado no tiene pruebas que ofrecer en la causa que se le sigue o ninguna prueba que pudiera resistir un interrogatorio cruzado, entonces dependerá de ustedes considerar en su contra su negativa a declarar. Es decisión de ustedes si es razonable hacerlo.¹⁹

Si comparamos esta valiosa expresión de sentido común con su contraparte estadounidense (recordemos la instrucción estadounidense al jurado antes citada: «ustedes simplemente deben eliminar de su cabeza que el acusado no declaró»), no es difícil adivinar cuál de ellas es más apropiada para conducir a un veredicto correcto.

Antes del caso *Griffin*, interesantemente, los jueces estadounidenses acostumbraban a dar al jurado una instrucción similar a la inglesa. De hecho, la siguiente instrucción es la que el juez de California dio al jurado que juzgó precisamente el caso *Griffin*:

Es un derecho constitucional del acusado en un juicio penal no ser obligado a testificar. En este sentido, si testifica o no depende completamente de su propia decisión. Cualquiera prueba contraria o hecho adverso que el acusado razonablemente estaría esperando para negar o para explicar, dado el conocimiento que tiene de tales hechos, si no testifica o haciéndolo no niega o no explica tales pruebas, el jurado puede entonces considerar esa falta como un indicador de su veracidad, así como un indicador de que entre las inferencias que pueden razonablemente hacerse de dicha situación son más probables las que resultan desfavorables para el acusado. Sin embargo, en esta relación se debe considerar que si un acusado no tiene la información que necesitaría para negar o explicar determinadas pruebas en su contra, sería poco razonable hacer inferencias desfavorables para él por no haber desmentido o explicado tales pruebas. Que un acusado no contradiga o explique las pruebas en su contra no crea una presunción de su culpabilidad ni garantiza por sí mismo una inferencia de su culpabilidad, así como tampoco libera a la acusación de la carga de probar cada elemento esencial del delito, ni de probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.²⁰

Esta instrucción dicta todas las advertencias apropiadas para evitar que se otorgue un peso excesivo al silencio del acusado. Su cuidadosa formulación enfatiza: a) que el silencio del acusado puede ser (dependiendo de las circuns-

tancias) muy poco relevante, y, b) que incluso en las circunstancias más convincentes, el silencio por sí mismo no es un motivo suficiente para condenar al acusado. A pesar de esto, la Corte Suprema invalidó esta instrucción por considerarla violatoria de los derechos constitucionales del acusado.

En un proceso civil, incluso en los Estados Unidos, la parte demandada usualmente no goza de prerrogativas como las establecidas en el caso *Griffin*. Así, en el caso *Baxter v. Palmigiano*, la Corte Suprema sostuvo que la Quinta Enmienda no prohíbe las «inferencias adversas contra las partes de un proceso civil que se rehúsan a rendir su testimonio para responder las pruebas de cargo convincentes»²¹. En pocas palabras, en un proceso civil el derecho constitucional a permanecer en silencio no implica ninguna prohibición para hacer inferencias sobre éste, como sí sucede en un proceso penal. Usando la lógica del caso *Griffin*, ¿concluimos entonces que los demandados en un proceso civil no tienen realmente el derecho a permanecer en silencio (dado que su ejercicio conlleva una sanción)? O, mejor aún, ¿podríamos inferir que el derecho a permanecer en silencio no tiene ninguna implicación en las inferencias que el jurado, en materia penal o civil, pueda hacer del silencio del acusado o del demandado?

En propuestas como la mía, los defensores del Jurado Impedido ven la destrucción de toda la justicia occidental atendiendo al modo de vida estadounidense. Un miembro del colegio de abogados defensores, recientemente planteó que permitir al jurado sacar sus propias conclusiones del silencio del acusado «cambiaría la carga de la prueba para el acusado [...] disminuyendo la carga de la prueba para la acusación [...] socavando al sistema de justicia acusatorio [...] [y amenazando] a la sociedad libre y democrática». Además agregó, por si no fuese suficiente, que también podría «comprometer la dignidad del individuo, su privacidad y su autonomía»²². El lector puede sacar sus propias conclusiones respecto a si la forma de vida que hasta ahora conocemos terminaría en caso de derogarse el Jurado Impedido, o si, como sugiere el epígrafe, el magistrado Carrozo tiene razón al afirmar que la justicia no se vería comprometida y que el interés en garantizar veredictos verdaderos y válidos sería significativamente enriquecido.

7. EL TESTIGO SILENCIOSO

Mientras que el acusado es el único participante que puede reclamar un derecho ilimitado al silencio, otros participantes pueden, en circunstan-

¹⁹ Citado en *Baxter*, 300U. 243.

²⁰ *Griffin v. California*, 380 US 609, p. 618 (1965). Las cursivas son mías.

²¹ *Baxter v. Palmigiano*, 425 US 308 (U.S., 1976).

²² *O'Reilly*, 1994: 444.

cias especiales, rehusar decir lo que saben. Una categoría importante está constituida por aquellos testigos cuyo testimonio podría exponerlos a cierta responsabilidad penal. Cuando un testigo rehúsa prestar su testimonio por esta razón, una vez más irrumpe el Jurado Impedido: si la negativa se da en ausencia del jurado, éste no puede ser informado; si ésta sucede ante el jurado, los miembros del jurado serán instruidos para que hagan como si tal situación nunca hubiese pasado.

Irónicamente, el Testigo Silencioso, como llamaré a esta política, a menudo funciona en contra de los intereses de un acusado inocente. Por lo que presenta la peor combinación de circunstancias, haciendo algunas veces más probable que un acusado inocente sea condenado y menos probable que lo sea uno culpable. Si un testigo que ha sido citado a prestar su testimonio tiene cierta información que podría ayudar a probar la inocencia del acusado y hace valer su derecho a la no autoincriminación, entonces el jurado bien podría — ignorando la información exculpatoria — condenar a un acusado inocente. Imaginemos la siguiente situación. Jones es acusado de extorsionar a Smith. Una prueba clave en contra de Jones es el peritaje de las cartas anónimas en las que se exige a Smith cierta cantidad de dinero, que indica que fueron redactadas en la máquina de escribir de Jones. Jones alega ser (y supongamos que es) inocente. Él tiene fuertes sospechas de que Wilkins, un inquilino de su casa, es el verdadero extorsionista. La estrategia de la defensa de Jones es citar a declarar a Wilkins y obtener su testimonio, con lo cual Jones espera desviar hacia su inquilino las sospechas en su contra. No obstante, tan pronto como Wilkins recibe la orden de comparecencia, notifica al tribunal que haciendo uso de su derecho a la no-autoincriminación, su voluntad es no testificar. Antes del juicio oral, el juez cita a una audiencia para el examen de testigos, obviamente antes de la designación del jurado. El juez interroga a Wilkins acerca de su negativa a testificar y Wilkins insiste en el derecho que le otorga la Quinta Enmienda. Wilkins es excusado de testificar, con todo y que su testimonio podría haber tenido un inestimable valor para Jones.

Una vez que el juicio oral inicia, el abogado de Jones intenta desviar las sospechas que hay en contra de su cliente hacia su inquilino, Wilkins. Este último, protegido por el Testigo Silencioso, no comparece y tampoco se le puede informar al jurado de la negativa a testificar de Wilkins, pese a que dicha información es sin duda relevante para el caso. Desde el punto de vista del jurado, la estrategia de Jones de intentar desviar la culpabilidad hacia un tercero, quien además ni siquiera comparece ante ellos, parece un acto de desesperación. Sin embargo, si los miembros del jurado supieran que un tercero, con acceso a la máquina de escribir de Jones, ha rehusado prestar su testimonio porque podría verse auto-incriminado, probablemente tendrían un punto de vista muy diferente de la situación. Como mínimo, tal

información sería relevante para su deliberación sobre la culpabilidad de Jones. Sin embargo, con el desconocimiento de este hecho, el jurado puede determinar que las pruebas circunstanciales son lo suficientemente convincentes para condenar al inocente Jones. Éste sería un ejemplo claro de lo que en el capítulo I llamamos una condena válida pero falsa. Sería válida porque las pruebas presentadas ante el jurado la justifican; y es falsa porque Jones es inocente. El Testigo Silencioso, al igual que el Acusado Silencioso, motivado por el principio de la no-autoincriminación, puede hacer más difícil de lo que debería ser para los acusados inocentes obtener las absoluciones que merecen. El juez Henry FRIENDLY resumió concisamente el problema: «... un hombre que es sospechoso de un delito pero que no es genuinamente culpable, es privado de la interrogación oficial de otro que él sabe es el verdadero culpable...»²¹

Vale la pena señalar brevemente un problema adicional. En principio, cualquier testigo — ya sea de la defensa o de la acusación — puede invocar el Testigo Silencioso. No obstante, cuando un testigo lo hace, la acusación puede forzarlo a testificar garantizándole inmunidad testimonial, que básicamente significa que su testimonio no podrá ser usado en su contra en procedimientos judiciales ulteriores. Concedida tal inmunidad, el testigo debe testificar. Por el contrario, la defensa no tiene la facultad de garantizar tal inmunidad.²⁴ Ésta puede solicitar a la acusación o al juez que garantice la inmunidad de un testigo citado por la defensa que no quiere colaborar, esperando con esto derrotar al Testigo Silencioso. Pero estas peticiones frecuentemente son rechazadas. La acusación puede rechazarlas si no le conviene que el testigo declare a favor del actual acusado debilitado. El juez puede negarse a garantizar la inmunidad porque no quiere socavar los procesos judiciales pendientes en contra del testigo recalcitante.²⁵ En tales circunstancias, la defensa está imposibilitada para obligar a comparecer a un testigo poco colaborador. También esta práctica asimétrica refuerza la tendencia del derecho al silencio a facilitar la condena de un inocente. Esta es otra muy buena razón para rechazarlo.

En suma, el derecho a permanecer en silencio hace más probable que el culpable sea absuelto y que el inocente sea condenado. Esto, por supuesto, es exactamente la forma opuesta a cómo debería funcionar un sistema cuyo

²¹ FRIENDLY, 1968: 680-681.

²⁴ Una excepción es el Tercer Tribunal Federal de Circuito, que ha considerado que un juez puede ordenar que la acusación otorgue inmunidad a un testigo de la defensa. Sin embargo, incluso en este caso la garantía de inmunidad depende de la discreción del juez. Véase, AMAR y LETTOW, 1995: 863.

²⁵ Como AMAR y LETTOW (1995: 863) han escrito, «sin embargo, la mayoría de los tribunales rechazan garantizar la inmunidad aun cuando el testimonio sea crucial para la defensa del acusado».

objetivo es la búsqueda de la verdad o la disminución del error. Ningún sistema dedicado a la búsqueda de la verdad debería estar tan comprometido, a menos que además de la búsqueda de la verdad haya razones de peso para hacerlo. Aun cuando tales razones existieran, y ya he expresado mi escepticismo al respecto, no justifican el hecho de no informar al jurado sobre el ejercicio del derecho a permanecer en silencio.

8. EL TESTIMONIO PRIVILEGIADO

Hasta ahora nuestra atención se ha centrado en el silencio del acusado y del testigo que tiene algo que ocultar. Veamos ahora una tercera categoría, la de los silenciosos que no son parte en el proceso. Estos son individuos que teniendo información sobre los hechos delictivos el derecho exime, por lo que no pueden ser sujetos a interrogatorio ni son obligados a prestar su testimonio. Concluiré este capítulo considerando el impacto de estos privilegios en la búsqueda de la verdad.

Como regla general, el derecho penal sostiene que «toda prueba de un individuo» es también prueba del Estado.²⁶ Si alguien tiene información relevante de un delicto, a menos que sea el acusado o alguien implicado en el propio delicto (en cuyo caso puede alegar la Quinta Enmienda), puede declarar bajo juramento como testigo y verse obligado a revelar lo que sabe, bajo aprehimiento de ser acusado de desacato a la justicia en caso contrario. Sin embargo, cierto tipo de información goza de un estatus jurídico especial. Aquellos que poseen tal información no pueden ser obligados a testificar al respecto, ni sancionados por no hacerlo. La mayor parte de este tipo de información proviene de relaciones personales entre los individuos. De esta manera, no se puede obligar a los cónyuges a testificar uno en contra del otro. A un abogado no se le puede forzar a testificar sobre las conversaciones que ha sostenido con su cliente; ni a un psiquiatra acerca del contenido de las sesiones que ha tenido con su paciente, o a un trabajador social sobre información de los sujetos que visita, ni tampoco a un clérigo respecto a las confesiones de sus fieles.

Algunos otros estados han privilegiado también otro tipo de relaciones. En Massachusetts, por ejemplo, quien asesora a aquel que sufre una crisis por violación, aun cuando éste no tenga permiso de trabajo ni las credenciales profesionales respectivas, goza de esta excepción.²⁷ Entre otros, «los llamados abogados de cárcel (*Jailhouse lawyers*)» —es decir, otros sujetos

que han sido condenados y que ofrecen ciertos consejos jurídicos — están también exentos. Algunas veces, el objeto del privilegio no es la relación entre el acusado y algún profesional, sino la información en sí misma. Por ejemplo, un sujeto que tiene información considerada como secreto de Estado, no puede ser obligado a divulgarla en los tribunales. Tampoco la identidad de los informantes de la policía tiene que ser revelada. O nadie puede ser obligado a revelar cuál fue su voto en una elección política.

El fundamento de las relaciones personales privilegiadas (como se llaman a veces) es que si, a través de una prueba testimonial, se permitiera obtener información confidencial que es intercambiada entre un individuo y su cónyuge, su abogado, su analista o su sacerdote, la integridad y la viabilidad de tales relaciones serían severamente amenazadas.²⁸ Como se explica en la obra clásica sobre la prueba de Charles MCCORMICK (1984:171):

Las reglas sobre las relaciones privilegiadas no están desprovistas de una racionalidad. Su justificación es la protección de ciertos intereses y de algunos tipos de relación que... son consideradas de una importancia social suficiente como para justificar el sacrificio de ciertas pruebas relevantes disponibles para la administración de justicia.

La racionalidad de los secretos de Estado, del comportamiento electoral y de la identidad de los informantes, es lo suficientemente obvia, por lo que no es necesario abordarla aquí.

La primera cuestión interesante a abordar sobre las actuales relaciones privilegiadas reconocidas en el derecho estadounidense federal tiene que ver con aquello que *dejan* sin exceptuar. Por ejemplo:

— Los niños generalmente pueden ser obligados a testificar en contra de sus padres y viceversa. ¿Esto se debe a que la relación padres-hijos se ve menos amenazada por la revelación de confidencias que las relaciones conyugales? ¿O se supone que los hijos y los padres nunca se revelan confidencias entre ellos? En ambos casos, la diferencia parece dudosa.

²⁶ Para garantizar el estatus privilegiado de los psiquiatras y de los trabajadores sociales, en 1996 la Corte Suprema sostuvo que «el privilegio de los psicoterapeutas servía al interés público porque proporciona un tratamiento apropiado a aquellos individuos que sufren los efectos de un problema mental o emocional», agregando que «una terapia psicológica efectiva... depende de una atmósfera confiable en la que se puedan hacer confidencias» (*Uffner v. Richmond*, 518 US 1, pp. 10-11 (1996)). Si bien esto podría ser así —si es que se considera que la psicoterapia no es la pseudociencia que sus numerosos críticos consideran—, la Corte no demostró que el interés en la salud mental fuera suficiente para socavar los intereses opuestos, es decir, la búsqueda de la verdad del sistema de justicia penal. En su voto particular al caso, el magistrado Antonin SCALIA preguntó retóricamente, «¿qué tan probable sería desalentar a una persona a buscar una terapia psicológica o a ser totalmente sincero durante ésta, por el miedo a una revelación posterior dentro de un litigio?» (*Ibid.*, p. 22).

²⁷ Como WIGNONE (1940:2192) plantea, «por más de tres siglos se ha reconocido como máxima fundamental que la comunidad... tiene derecho a las pruebas que tiene cualquier sujeto».

²⁸ *US v. Love*, 948 F. Supp 97, p. 99 (Massachusetts, 1996).

— Los psiquiatras no pueden ser obligados a testificar en los tribunales federales acerca de lo que sus pacientes les dicen, pero sí se puede obligar a otros médicos. ¿La relación médico-paciente depende menos de la sinceridad del paciente que la relación analista-paciente o la relación trabajador social-usuario?

— Mientras que las conversaciones de los abogados con sus clientes son exceptuadas, no lo son otras conversaciones sobre el mismo tema con un contable.

— Los periodistas tienen que revelar su fuente de información si tal información es relevante en un proceso penal.

— Los científicos que hacen investigaciones en temas sensibles (como el comportamiento sexual o criminal) no pueden asegurar una confidencialidad absoluta a aquellos que participan en sus experimentos, puesto que los tribunales federales no reconocen la exención de quienes han sido sujetos a una investigación científica.

Sería posible seguir haciendo estas comparaciones muy detalladamente si nuestros intereses no fueran fundamentalmente epistemológicos como lo son. Pero basta con decir que las diferencias entre aquellas relaciones que son privilegiadas en este contexto y muchas de las que no lo son parecen arbitrarias.

Dado que la exclusión de las relaciones privilegiadas no se hace por el contenido de las comunicaciones sino por las relaciones personales concretas que se ven implicadas, pueden surgir algunas situaciones curiosas. Consideremos algunas: si John le dice a su mujer, Sue: «yo robé el banco», la información de Sue es privilegiada. Si John le dice lo mismo a Sue cuando su hijo de diez años de edad, John Jr., está en la habitación, la información ya no es privilegiada. Si Sue le dice a su madre: «John dice que él robó el banco», esta información — aunque técnicamente se trataría de un testimonio de oídas — no está exceptuada y debe ser divulgada. Si John le dice a un informante de la policía: «yo robé el banco», esto puede declararse en una prueba testifical. No obstante, si el policía planta un micrófono durante una confesión y tiene una grabación de John diciendo a su sacerdote que él ha robado el banco, la grabación es ilegal porque viola su privilegio.

Todos los privilegios, quizá a excepción de aquel respecto al voto, ponen obstáculos a la búsqueda de la verdad. Aunque muchas veces se les critica por dificultar condenar a un acusado (que lo hacen frecuentemente), estos privilegios funcionan además para condenar al inocente. Por ejemplo, si Jones está sujeto a un juicio por violación y un sacerdote o un analista se entera mediante una confesión o en una sesión terapéutica que Wilson es el violador, la imposibilidad para obtener la información privilegiada mediante el sacerdote de Wilson podría llevar a condenar erróneamente a Jones.

Las relaciones privilegiadas básicamente dicen a aquellos culpables de un delito: «puedes confesar a ciertas personas lo que hiciste, sin importar lo terrible que haya sido, con la certeza de que no se les permitirá transmitir tales revelaciones de forma perjudicial para ti». Los tribunales dicen que exceptúan tal comunicación porque es «de amplio interés social». Hacerlo. ¿Es éste un argumento viable?, ¿es plausible que si yo revelo a mi trabajador social que acabo de robar la tienda de vinos, éste será más apuro para resolver mis problemas de (por ejemplo) violencia doméstica o aquellos que tengo con el propietario del suburbio? Por cierto, si acabo de robar la tienda de vinos, ¿tengo un derecho legítimo a la confidencialidad absoluta por parte mi trabajador social? Esto parece dudoso.

Siendo caritativos, es posible que el argumento a favor de estos privilegios esté menos relacionado con la protección del culpable y más con la protección de las relaciones que tienen las personas inocentes con sus trabajadores sociales. Pero una persona inocente no debería tener temor alguno a decir la verdad a su trabajador social aunque la excepción no existiera, puesto que nada de lo que revele sería del tipo de cosas que pudiera ponerlo en problemas si, por ejemplo, lo dicho se repite en un proceso penal. Niego rotundamente que un trabajador social pueda hacer su trabajo de tal manera que sólo promueva el interés público si dice a sus usuarios que todo lo que le digan, aunque desvele una actividad delictiva, estará protegido de cualquier investigación jurídica. (Es más, el trabajo social creció vertiginosamente por más de un siglo antes de 1996, año en que la Corte Suprema inventó esta categoría privilegiada).

Se podrá conceder que la excepción del trabajador social es dudosa, pero afirmar que es diferente cuando se trata de uno de los privilegios más antiguos y de los más venerados por los juristas: el privilegio de la relación abogado-cliente. El argumento se plantea usualmente de la siguiente manera: un abogado tiene la obligación de representar los intereses de su cliente. En un proceso adversarial esto significa fabricar la defensa más poderosa que pueda montarse. Por tanto, el abogado necesita toda la información relevante posible para anticiparse a los argumentos que la acusación presentará en contra de su cliente. A menos que el acusado sepa que todo lo que le diga a su abogado permanecerá en estricta confidencia, podría ocultar información y debilitar la defensa que su abogado hubiese podido montar. Si se pudiese requerir a los abogados para que prestaran su testimonio acerca del contenido de las charlas con sus clientes, podrían pasar de ser defensores tenaces de los intereses del acusado a ser enemigos involuntarios de esos intereses.

La consecuencia obvia del argumento a favor de generar las circunstancias adecuadas para que se dé una comunicación completamente sincera entre los acusados y sus abogados defensores es que esa franqueza con su

abogado incluiría la confesión de culpabilidad, en el caso de que el acusado lo sea. No obstante, esto difícilmente podría servir a los intereses del cliente culpable. Los abogados de la defensa son funcionarios del tribunal. Su código de ética profesional prohíbe (según la *American Bar Association*) que «la relación de un abogado con su cliente sea usada para ocultar las fechorías de éste».²⁹ Además, los abogados están obligados a informar a la policía si tienen conocimiento de que sus clientes están a punto de cometer un delito. Ningún acusado culpable inteligente, sabiendo que comete perjurio si presta un testimonio falso sobre su inocencia, le confiará todo a su abogado. Está claro que el sistema no está diseñado para incentivar que los acusados culpables racionales sean *absolutamente* sinceros con sus abogados. Revelar más de lo necesario podría significar que el abogado, como mínimo, deberá negarse a llevar la representación del acusado. De esto se sigue que «hacer una declaración extensa» al abogado sólo tiene sentido para el inocente. Pero es precisamente el inocente quien tendría menos temor a que desaparecería la excepción de la relación abogado-cliente.

En este sentido, lo que está protegido por el privilegio de la relación abogado-cliente debe ser algo menor que la absoluta sinceridad. Presumiblemente, la idea es que un abogado debe ser privilegiado para que adquiriera toda la información sobre los supuestos hechos inculpatorios de aquellos para los que trabaja, pero que no se entere de aquellas cuestiones que pudieran determinar la culpabilidad de su cliente. Este subterfugio puede dar a un acusado culpable la defensa más robusta que la ética permita y el dinero pueda comprar, pero no hace nada para promover el objetivo de llegar a absoluciones verdaderas y a condenas verdaderas.

Todos los privilegios implican que el jurado no tendrá acceso a información relevante. Peor aún, en muchas jurisdicciones el jurado no puede ser informado cuando un testigo apto ha invocado su privilegio. En otras jurisdicciones, en las que se permite invocar ante el jurado esta prerrogativa, éste es instruido para que no haga ninguna inferencia adversa de la situación. Como se ha visto recientemente en la discusión del Acusado Silencioso, al jurado se le dice que ignore el hecho de que una persona con información relevante pero privilegiada no la dio a conocer.

Aun cuando hubiese alguna razón para reconocer ciertas clases de relaciones privilegiadas (y no estoy totalmente convencido de esto), no hay ningún fundamento probatorio convincente para no informar al jurado cuando un testigo ha invocado su privilegio o para obligarle a olvidarse de que esto ocurrió. El único dejo de un argumento que relacione a estas exclusiones con la búsqueda de la verdad es que no podría hacerse ninguna inferencia

adversa válida de un testigo que ha decidido invocar una de estas excepciones. Si, por ejemplo, un psiquiatra rehúsa firmemente contestar cualquier pregunta referente al contenido de sus conversaciones con su paciente, o si el sacerdote se niega a decir lo que escuchó en el confesionario, ¿qué inferencias válidas podría hacer el jurado sobre la culpabilidad o la inocencia del paciente o del penitente? Después de todo, no podemos culpar al acusado por el testimonio recalcitrante de un tercero.

El antidoto para esta forma de autoengaño es considerar quién *posee* el privilegio en cuestión. Con excepción del privilegio de las relaciones conyugales, éste no pertenece al psiquiatra sino a su paciente, el acusado. Y tampoco pertenece al sacerdote sino al penitente. Si perteneciese al psiquiatra o al sacerdote, entonces su ejercicio no podría sustentar inferencias adversas al acusado, él puede renunciar a la excepción permitiendo a su psiquiatra, sacerdote o abogado responder libremente a las preguntas de la acusación. Si el acusado decide no quitar esa mordaza y los miembros del jurado son informados de este hecho, podrían concluir perfectamente que el acusado quiere ocultar algo que teme pueda ser revelado por su analista o por su sacerdote. Ésta es una razón del porqué en determinadas circunstancias, el jurado podría estar justificado para hacer inferencias adversas del ejercicio de un privilegio testimonial. A menudo sería racional hacer esta inferencia, razón por la cual los miembros del jurado deberían ser informados del ejercicio de este privilegio por parte de los acusados y debería permitírseles al jurado valorar libremente tal información.

Es difícil criticar la observación de Jeremy BENTHAM (1827: 193) respecto a que la creencia de que algunas pruebas relevantes pueden ser legítimamente excluidas si pudieran llegar a generar consecuencias «desagradables» para diversos tipos de relaciones humanas es «una de las nociones más perniciosas e irracionales que ha tenido lugar en la razón humana». Para equilibrar el interés de la sociedad en que se haga justicia y su interés en promover ciertas relaciones interpersonales, los tribunales sistemáticamente han sacrificado el interés en la verdad y la justicia por un «bien social mayor», aun cuando (como el caso de la relación entre el trabajador social y el usuario) tienen pocas o ninguna prueba de tipo empírico respecto a que la relación en cuestión podría debilitarse si la excepción desapareciera. Tal vez un argumento concluyente sea el de McCORMICK (1984: 86) que, en su obra clásica sobre la prueba, respecto al privilegio de las relaciones conyugales comenta:

Debemos concluir que mientras que el peligro de una injusticia por la exclusión de pruebas relevantes es manifiesto e innegable, los beneficios potenciales de las reglas que establecen privilegios para atenuar las confidencias

²⁹ Principio 4.º del Código de conducta profesional de la *American Bar Association*.

mariales y la armonía del matrimonio son, por lo menos, dudosos y marginales.

Esto es, al privilegiar ciertos tipos de pruebas testificales se impone un costo epistémico innegable en nombre de la posibilidad de otorgar ciertos beneficios sociales.

Algunas veces también se ha argumentado que la eliminación de las relaciones privilegiadas tendría poco impacto en la resolución de un proceso puesto que si tales excepciones fueran eliminadas, los delinquentes simplemente dejarían de hablar sobre su comportamiento vil a sus cónyuges, abogados, sacerdotes o psiquiatras³⁰. Bajo tales circunstancias, los acusados ya no necesitarían invocar tales privilegios para mantener a sus confidentes fuera del banquillo de los testigos, puesto que ya no tendrían confidentes. El argumento es dudoso porque, a excepción del privilegio de la relación abogado-cliente, es probable que la mayoría de los delinquentes no sepan o — aun sabiéndolo — sean indiferentes al carácter barroco y escolástico del derecho procesal que regula los privilegios. ¿Qué proporción de estadounidenses sabría, por ejemplo, que la relación trabajador social- usuario tiene este privilegio? Y, de saberlo, ¿a cuántos les importaría?

9. CONCLUSIONES

Puede haber algunas situaciones en las que el silencio es oro. Un proceso penal no está dentro de tales situaciones. Si el acusado, el sospechoso o un testigo saben algo sobre el delito, la búsqueda de la verdad está maniatada cuando se ponen obstáculos con la finalidad de proteger su testimonio. Los tribunales deben encontrar maneras para incentivar que aquellos que tienen información relevante sobre los hechos delictivos acudan al proceso. En el caso de los testigos recalitrantes, una de esas maneras es acusarlos de desacato al tribunal o, si mienten en su testimonio, de perjurio. Cuando se trata de acusados renuentes, dicho mecanismo debería implicar la posibilidad de permitir al juzgador de los hechos valorar libremente el silencio del acusado. Finalmente, en lo que respecta a los testigos privilegiados, si rehúsan testificar normalmente es porque el acusado no quiere que los miembros del jurado escuchen su testimonio. Cuando un testigo invoque su excepción, se debe informar al jurado a quién pertenece

tal privilegio y dejarlo en libertad para que otorgue a tal acción el significado que considere apropiado.

El derecho a permanecer en silencio y a las relaciones privilegiadas da una enorme ventaja epistémica al acusado culpable y genera un gran obstáculo epistémico para el Estado. Una manera de restablecer el equilibrio epistémico usual antes del último cuarto del siglo XX, era permitir a los jurados interpretar libremente dichas acciones del acusado. El «derecho», recientemente acuñado, que previene a los miembros del jurado para que no saquen ninguna conclusión del silencio del acusado o de la ausencia de un testimonio que está privilegiado, socava ese delicado equilibrio y convierte a las reglas que regulan el silencio en obstáculos para la búsqueda de la verdad.

Dadas las prácticas y actitudes judiciales que hemos analizado en este capítulo, es sumamente difícil no concluir que los tribunales básicamente no quieren que los acusados hablen. Esto hace que permanecer en silencio sea una decisión fácil para el acusado — protegiéndolo de las consecuencias normales y obvias que tendría, si el jurado no fuese instruido para que no concluya nada de esta situación —. Los tribunales sancionan al acusado si abre la boca. Han convertido un derecho del acusado (el derecho a guardar silencio) en una condición privilegiada, convirtiendo a una mera posibilidad procedimental en una virtud. En lugar de derribar las barreras para que el acusado participe en su proceso dando su propio relato de los hechos, han hecho esas barreras más altas, aumentando los desincentivos para que el acusado no diga lo que sabe. Evidentemente esto es contrario al propósito de llegar a veredictos correctos.

³⁰ Por ejemplo, Richard Posner (1999: 1532) ha argumentado que «si el privilegio para los cónyuges fuera derogado y esto fuera de conocimiento popular, los cónyuges serían mucho menos propensos a hacerse confesiones perjudiciales entre ellos; por tanto, su derogación... no crearía una abundante fuente de pruebas».

°CAPÍTULO VII
LAS CONFESIONES, LA DOCTRINA
DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO
Y OTRAS EXCLUSIONES

No se puede usar a los hombres a fin de obtener la información necesaria para condenarlos ante la Ley... El Estado que se propone condenar y castigar a un individuo [debería] aportar las pruebas en su contra mediante el trabajo independiente de sus oficiales.

Corte Suprema de los Estados Unidos¹

Los reconocimientos de culpabilidad son más que «deseables», ... son esenciales para el apremiante interés de la sociedad en encontrar, condenar y castigar a aquellos que violan la ley.

Corte Suprema de los Estados Unidos²

Las pruebas son la base de la justicia: excluir pruebas es excluir la justicia.

Jeremy BENTHAM³

¹ *Culombe v. Ct.*, 367 US 568, pp. 581-582 (1961).

² *Moran v. Burbine*, 106 S. Ct. 1135, p. 1144 (1986).

³ BENTHAM, 1827: 490.

1. LA TORTURADA LÓGICA DE ADMISIÓN DE LA PRUEBA CONFESIONAL

En el capítulo anterior centramos nuestra atención en la figura del Acusado Silencioso. En este capítulo analizaremos el tipo de casos en los que un acusado no permaneció en silencio pero que más tarde desea haberlo hecho. En resumen, las confesiones —especialmente aquellas retractadas por el acusado— serán el centro de nuestra atención. Muchos estudios empíricos muestran que las confesiones juegan un rol importante en el proceso penal estadounidense⁴. Tomando en cuenta las diferencias existentes entre las diversas jurisdicciones, parecería un extracto adecuado de dichas investigaciones decir que en más de un tercio de los casos penales resueltos se presentó la confesión del acusado. Dada su frecuencia, un estudio de epistemología del derecho no sería ni siquiera modestamente adecuado sin una discusión sobre la fiabilidad de esta actividad autoincriminatoria.

Desafortunadamente, pocas partes del derecho probatorio actual son epistemológicamente más cuestionables que las reglas que regulan la admisibilidad de las confesiones. Una Corte Suprema en notoria discrepancia, como se evidencia en las citas, es un indicador de este problema. En la primera cita, los magistrados sugieren que un sistema de justicia penal robusto necesitaría menos de la prueba confesional. Luego, un cuarto de siglo después, hacen hincapié en que éste *necesita* de las confesiones. El interés en la prueba confesional, en especial aquellas en las que el acusado posteriormente se retracta, surge por dos factores: *a*) la sospecha de que algunas de estas confesiones son falsas; y, *b*) la preocupación de que el jurado valorara la confesión, incluso si es falsa, como una prueba plena de la culpabilidad del acusado. Para muchos expertos estos factores refuerzan la idea de que es necesario hacer esfuerzos monumentales para asegurarse de que las confesiones falsas nunca lleguen ante el jurado. A su debido tiempo en este capítulo se tratarán tales preocupaciones; sin embargo, antes de entrar en esos argumentos es necesario hacer cierto trabajo conceptual previo.

Será útil iniciar con una distinción entre dos de los principales contextos en que podría otorgarse una confesión. El primero de esos contextos se da mientras el acusado está prestando su declaración ante el juez. Las confesiones de este tipo son generalmente tratadas como un testimonio ordinario. El juez o el jurado escuchan las confesiones al igual que escuchan lo que cualquier otro testigo tiene que decir. El sistema jurídico no las considera problemáticas. Otro es el caso de las confesiones retractadas, especialmente

aquellas prestadas durante el interrogatorio policial, el sistema judicial interpone varios obstáculos entre esas confesiones y el jurado. Con esta finalidad, hay todo un conjunto de reglas probatorias que regulan el tratamiento de esta segunda forma de confesiones. En este capítulo, nos ocuparemos primordialmente de este contexto. Por ello, en lo que resta, cuando sin ninguna otra calificación me refiera a la confesión, me estoy refiriendo a aquellas que se han otorgado antes del juicio oral, comúnmente ante la policía, y que posteriormente han sido retractadas.

2. EL TRIPLE TEST

Antes de que una confesión pueda llegar al jurado, ésta debe pasar un análisis triple. En el primer test se analiza si las confesiones fueron rendidas *voluntariamente* o si, por el contrario, se rindieron bajo coerción. El juez lo determina, usando un conjunto de criterios oscuros, con el objetivo de establecer si el acusado —quien ahora se ha retractado de su confesión y defiende su inocencia— otorgó voluntariamente su confesión. El segundo test se ocupa de la *legalidad* de las circunstancias en las que se obtuvo la confesión. La defensa puede argumentar, por ejemplo, que la confesión se obtuvo después del arresto ilegal de su cliente o después de un interrogatorio temporalmente más extenso de lo permitido por la ley. Si y sólo si una confesión pasa los dos test anteriores, entonces el juez la somete a un tercer test de *corroboración*. Este tercer test implica analizar si otras pruebas presentadas por la acusación corroboran alguna de las declaraciones sobre los hechos contenidas en la confesión. Si el juez determina que una confesión es involuntaria, ilegal o que no está corroborada, puede excluirla. Toda esta deliberación ocurre en ausencia del jurado, cuyos miembros generalmente sabrán de la existencia de una confesión sólo si el juez ha resuelto que se ha otorgado voluntariamente, que es lícita y que ha sido corroborada.

A primera vista, este minucioso ritual parece extraordinario para aquellos que, como nosotros, consideran que el jurado debe tener conocimiento de todas las pruebas relevantes. Los principiantes considerarían que puede haber pocas fuentes de prueba más obvias y relevantes que la confesión del acusado. Es cierto que algunas confesiones son falsas; sin embargo, hay varios ejemplos de elementos probatorios que para ser admitidos como relevantes no se requiere que sea confirmada su verdad. Así como estos elementos probatorios son sometidos a un proceso adversarial y dejados al buen entender del jurado para que resuelva, por ejemplo, a qué testigo ocular creer y a cuál rechazar, de la misma forma deberíamos inclinarnos a dejar resolver al jurado qué confesiones son verdaderas y cuáles son falsas. Después de todo, el jurado supuestamente es el principal juzgador de los hechos

⁴ Un excelente resumen de docenas de estos estudios está en VAN KESSEL, 1986.

en un proceso penal. Si una confesión es voluntaria, legal o está corroborada es al menos tanto una cuestión de los hechos del caso como una cuestión de derecho. Entonces, ¿por qué encontramos todas esas barreras entre, por un lado, una confesión firmada o grabada y, por otro, el jurado? Aunque la pregunta tal como está planteada puede parecer retórica, es genuina. Desde un punto de vista epistemológico, es necesario analizar si la prueba confesional debe enfrentarse a tantos obstáculos antes de que el jurado pueda conocerla. Resolver esta cuestión exige examinar varias complicadas doctrinas, desarrolladas principalmente en el *common law*, respecto a la voluntariedad, la licitud y la corroboración.

3. LA VOLUNTARIEDAD

Supongamos que Gómez acaba de ser arrestado por robo. Es interrogado en la comisaría de policía y, después de cierta resistencia inicial, finalmente admite que es culpable. Gómez rinde una confesión detallada, la firma y luego es trasladado a una celda. Supongamos también que más tarde Gómez cambia completamente de opinión y, a través su abogado, solicita retractarse de su confesión. Pretende alegar su inocencia y quiere anular su confesión para que el jurado no tenga conocimiento de ésta. Por supuesto, una vez que confesó, no puede simplemente retractarse. La anulación de una confesión puede deberse a muy diversos tipos de factores. Uno de éstos podría ser, por ejemplo, que Gómez hubiese sido arrestado sin que la policía tuviese una causa fundada para ello⁵. O que la policía no le hubiese comunicado al acusado su derecho a permanecer en silencio y contar con un abogado, establecido, como ya se ha visto, en el caso *Miranda*. O, incluso si a pesar de ser informado de sus derechos, Gómez confesó sin renunciar explícitamente a éstos. Peor aún, la policía pudo haberlo torturado o intimidado de alguna manera. Él pudo haber confesado porque la policía le ofreció incentivos falsos, quizá un tratamiento más favorable por parte del jurado, si confesaba lo que había hecho. Probablemente la policía le interrogó por un tiempo excesivamente largo antes de presentarlo ante el juez. Pues bien, cualquiera de estas situaciones serviría como fundamento de derecho para excluir la confesión de Gómez. Antes del juicio oral, habrá una audiencia sobre las pruebas potenciales en donde la acusación y la defensa debatirán sobre los fundamentos para admitir o excluir una confesión impugnada. Nuestra preocupación inicial se centrará en los tipos de argumentos que las partes pueden presentar en su búsqueda para introducir o excluir la confesión de Gómez.

⁵ Un caso clásico donde se estableció que las confesiones otorgadas en un arresto ilegal deberían ser excluidas es *Brown v. Illinois*, 422 US 590, p. 599 (1975).

Antes de seguir, es necesario aclarar cualquier posible confusión acerca de lo que jurídicamente significa «estar bajo coerción». Los no versados en el derecho tienden a imaginar que «estar bajo coerción» hace referencia a situaciones en las que alguien está siendo sometido a alguna forma de brutalidad por parte de la policía. La violencia y las amenazas de violencia posterior terminan con las defensas de un sujeto. Eventualmente, podemos sospechar que alguien confesaría prácticamente cualquier cosa sólo para terminar con cierta agonía. Si el sujeto es inocente, resultará una confesión coaccionada falsa. Ahora bien, si ese escenario es plausible, el hecho de que en tales circunstancias tan agobiantes alguien confiese que ha cometido un delito, probablemente nada tendrá que ver con si realmente ese alguien ha cometido tal delito. Hasta aquí parece perfectamente razonable decir que una confesión otorgada bajo coerción es tan probablemente verdadera como falsa y, por tanto, que es totalmente irrelevante.

Sin embargo, el derecho entiende estas palabras de manera muy diferente. Esto nos sitúa en el núcleo del primer problema a afrontar. Los tribunales estadounidenses han decidido que el uso de la fuerza no es una condición necesaria para crear una situación en la que se «está bajo coerción». También han decidido que la amenaza de fuerza o violencia tampoco son necesarias para constituir la «coerción». Incluso han decidido que el engaño psicológico no es necesario para que se considere que ha habido «coerción». Para decirlo directamente, la opinión de la Corte Suprema estadounidense actual (y de sus predecesores hasta 1960) es que la custodia policial es intrínsecamente «coercitiva». Esto es, desde el momento en que alguien es sometido a un interrogatorio policial, o incluso si es arrestado por un oficial en la calle, las decisiones de este sujeto —incluyendo la opción de confesar o no— dejan de ser voluntarias. (Ésta es la premisa principal de la decisión *Miranda*). Esto es lo que se sigue de esa extraña forma de concebir el mundo en donde ninguna confesión otorgada por un sospechoso que ha sido *arrestado* es «voluntaria» y, por tanto, ninguna confesión otorgada por una persona arrestada debe ser admisible en los juzgados. Como la Corte Suprema estableció en 1966, «ninguna declaración obtenida de un acusado [mientras está detenido] puede realmente ser producto de una libre decisión»⁶.

Desde los primeros orígenes del *common law*, el interrogatorio de un alguacil mayor o de un juez de paz (recordemos que hasta el siglo XIX no había fuerzas policiales) era considerado totalmente apropiado y completamente compatible con la idea de que una confesión rendida en ausencia de fuerza o violencia es voluntaria. Más recientemente, en 1953, la misma Corte Su-

⁶ *A Book Named «John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure» v. Attorney Gen. of Massachusetts*, 383 US 413, p. 436 (US 1966).

prema negó explícitamente que la custodia policial en sí misma suprimiera el libre albedrío del sospechoso:

El interrogatorio no es intrínsecamente coercitivo, como sí lo es la violencia física. El interrogatorio, de hecho, tiene valor social en el esclarecimiento de los hechos delictivos, valor que no tiene la fuerza física. Por medio de sus propias respuestas, muchos sospechosos aclaran sus propias ideas y, frecuentemente, ofrecen información que revela la culpabilidad de un tercero. Es más, el interrogatorio de aquellos que tienen algún conocimiento de los hechos es el principal medio para resolver los delitos. Es obligación de todos los ciudadanos revelar la información que tengan sobre un delito... Esta Corte nunca ha sostenido que la Décimocuarta Enmienda prohíba al Estado hacer dichas detenciones y someter a interrogatorio a un sospechoso cuando las circunstancias parezcan razonables y no coercitivas⁷.

En una década, este punto de vista de sentido común había sucumbido ante la idea de que cualquier confesión otorgada bajo custodia era *prima facie* «coaccionada». Dado que «coerción» (la mera custodia policial) y coerción (el uso de la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza y la intimidación) son cuestiones tan diferentes, debemos dejar de lado nuestras intuiciones de sentido común acerca de estos casos cuando hablemos de «coerción», tal como los tribunales entienden actualmente este término.

Nuevamente debemos preguntarnos: ¿es plausible que existan mayores probabilidades de que un sospechoso inocente que no ha sido sometido a tortura ni está bajo amenaza de ésta, a quien tampoco se le han ofrecido incentivos especiales para confesar y que ha sido tratado de forma razonablemente humanitaria por los oficiales que le arrestaron, preste una confesión falsa simplemente para librarse de la sala de interrogatorios y de ir a la cárcel? La pregunta se responde sola. Ordinariamente, las personas inocentes, incluso cuando han sido sujetas a la humillación de un arresto, no confiesan crímenes que no han cometido, especialmente si temen, como es bastante comprensible, que tal confesión pueda significar muchos años de prisión. En suma, tenemos muy pocas razones para dudar de la veracidad de una confesión rendida bajo «coerción». Las confesiones bajo «coerción» son potencialmente pruebas relevantes, de un modo en que no pueden serlo las confesiones bajo coerción.

Se acababa de mencionar que la opinión jurídica actual sostiene que la comisaría de policía es, en sí misma, un ambiente «coercitivo» y que cualquier confesión hecha en custodia de la policía debe ser considerada tan dudosa como para no ser admisible. ¿Esto significa que todas las confesiones

obtenidas por la policía son rechazables? No, puesto que la Corte Suprema, en el famoso caso *Miranda*, inventó una ficción jurídica para lograr salir del rincón al que su lógica voluntarista la condujo. Según la Corte, es posible obtener la confesión de un sospechoso de forma legítima y «no bajo coerción» siempre que, después de su arresto, se le den a conocer sus derechos *Miranda* y que él expresamente renuncie a su derecho al silencio y a contar con la presencia de su abogado. Si este ritual no se realiza, la confesión no es admisible, ya que en ausencia de éste, supuestamente, ninguna confesión es voluntaria.

Hay muchos problemas conceptuales aquí. Sólo mencionaré los dos más importantes:

Primero, este análisis nos pide asumir que el mero hecho de estar bajo custodia de la policía elimina la voluntad, convirtiendo en «involuntario» tanto el comportamiento como las declaraciones del sujeto que se encuentra en esa situación. Esto parece dudoso, pero en aras del argumento, aceptémoslo. Tenemos entonces que creer que sucede algo muy parecido a un milagro. Siempre que el oficial que está interrogando repita desde el inicio del interrogatorio la fórmula *Miranda* y el sospechoso acepte renunciar a sus derechos, la «coacción» y el ambiente de intimidación de la comisaría de policía se desvanece y el sospechoso reasume la responsabilidad de sus acciones. En otras palabras, si después de escuchar la repetición de un ritual sobre sus derechos, el sospechoso decide renunciar a ellos y confesar, la confesión será considerada «voluntaria». Si un minuto antes hubiese rendido una confesión idéntica (es decir, después de ser arrestado pero antes de escuchar sus derechos), ésta se hubiese considerado una confesión «bajo coerción» y, por tanto, no admisible. El momento exacto parece ser lo único importante.

Esto es totalmente absurdo. Si realmente fuera cierto que estar detenido es una situación intrínsecamente «coercitiva» (y es ésta la premisa principal de la sentencia del caso *Miranda*), entonces no es posible creer que un sospechoso, ni siquiera después de conocer sus derechos, elija libremente rendir su confesión. Las decisiones libres, por definición, no pueden garantizarse en ambientes que son genuinamente coercitivos. Por otro lado, si el arresto no es intrínsecamente coercitivo, entonces una confesión rendida sin mediar violencia o amenazas debe ser admisible, con independencia de si la policía ha practicado el ritual *Miranda* para darle a conocer sus derechos. No entraré a discutir la cuestión problemática de cómo la repetición de una serie de frases, que cualquiera que vea la televisión ha escuchado cientos de veces y que la mayoría de nosotros podríamos repetir de memoria, pueden transformar una situación intrínsecamente «coercitiva» en una situación «voluntaria».

⁷ *Stein v. NY*, 346 US 158, p. 184 (1953).

Respecto al segundo de los problemas conceptuales, tenemos que preguntarnos si el hecho de que una confesión rendida «bajo coerción» sea «involuntaria», tiene alguna relación con la relevancia y la fiabilidad de esa confesión como prueba. La voluntariedad de una confesión tiene una importancia especial principalmente porque asumimos que las confesiones bajo coerción suelen no ser fiables. ¿Hay alguna razón por mínima que sea para pensar que las confesiones bajo «coerción» suscitan dudas similares? Si la policía olvida *Mirandizar* el arresto pero, por otra parte, tiene un comportamiento razonable con el sospechoso, ¿tenemos fundamentos para creer que una confesión rendida en tales circunstancias es tan probablemente falsa como para justificar el hecho de impedir que el jurado tenga conocimiento de ésta? ¿El ambiente de la sala de interrogatorios es —sin el ritual *Miranda*— tan «coercitivo» como para que una confesión obtenida en tales circunstancias sea con mayor probabilidad falsa? En resumen, no hay una razón epistémica para excluir aquellas confesiones en las que no se le dieron a conocer previamente al sospechoso sus derechos *Miranda*. Estas confesiones indiscutiblemente son pruebas relevantes, especialmente si han sido corroboradas.

La Corte Suprema piensa de otra manera. En 1966, insistió en que «*Miranda* es una protección contra la posibilidad de obtener declaraciones no fiables en cualquier interrogatorio realizado mientras se está bajo custodia»⁸. Veamos la estructura del argumento. Al excluir toda confesión en la que no se hayan observado las exigencias establecidas en el caso *Miranda*, dice la Corte, protegemos de las confesiones falsas que pudieran derivarse de un interrogatorio policial. Con la misma plausibilidad, uno podría decir que con la exclusión de *todas* las confesiones (con independencia de si son «bajo coerción» o «no coaccionadas») aumentaríamos «la protección contra posibles declaraciones no fiables». Evidentemente, la Corte se equivoca al no darle importancia al hecho de que excluir todas las confesiones otorgadas sin el conocimiento de los derechos *Miranda*, indudablemente deja fuera muchas confesiones que son verdaderas.

En lugar de hacer la pregunta adecuada (por ejemplo: la exclusión de confesiones rendidas antes de informar sobre los derechos *Miranda* ¿es más favorable para generar veredictos verdaderos que su admisión?), la Corte pregunta: ¿podríamos reducir el número de condenas falsas mediante la exclusión de las confesiones que han sido obtenidas sin observar las garantías establecidas en el caso *Miranda*? Aunque esta cuestión admite una respuesta afirmativa, también lo hacen preguntas del tipo: «¿podemos reducir la posibilidad de llegar a condenas falsas excluyendo todas las pruebas inculpató-

rias?». El balance entre las condenas falsas y las absoluciones falsas exigido para evaluar la probidad de cualquier regla probatoria que se proponga, simplemente no fue realizado por la Corte en la decisión del caso *Miranda*. Si con este criterio analizamos la exclusión de todas las confesiones prestadas en violación de los derechos *Miranda*, llegamos a una conclusión totalmente contraria a la sostenida por la Corte Suprema. Si bien, las poco habituales confesiones que han sido obtenidas en violación de los derechos *Miranda* pueden ser falsas, la gran mayoría de ellas probablemente son verdaderas, aunque hayan sido obtenidas en el ambiente «coercitivo» de la comisaría de policía, máxime si han sido corroboradas. La política pública de excluir todas esas confesiones que contravienen las garantías establecidas en el caso *Miranda* previsiblemente disminuirá ligeramente el número de condenas falsas, a cambio de aumentar ampliamente el número de absoluciones falsas. Entre los miembros de la Corte que resolvieron el caso *Miranda*, el magistrado Byron WHITE disintió y señaló todos estos puntos:

En un sinnúmero de casos la regla emitida por la Corte regresará a un asesino, a un violador o a otro delincuente, a las calles y a un ambiente propicio para que vuelva a delinquir cada vez que quiera. Como consecuencia de esto, no habrá una ganancia sino una pérdida de dignidad humana⁹.

Una vez más vemos que la formulación de reglas probatorias está guiada por preocupaciones distributivas, con los inevitables compromisos para la averiguación de la verdad que estas preocupaciones siempre conllevan.

4. CONFESIONES OBTENIDAS ILEGALMENTE

Según el derecho vigente, el ritual *Miranda* es necesario para establecer la voluntariedad de una confesión, pero no es suficiente para determinar su admisibilidad. Si el acusado alega que ha sido golpeado o amenazado o que se le han ofrecido incentivos poco razonables para confesar, son situaciones que también originarían dudas sobre la «voluntariedad» de la confesión, pese a que los agentes que le interrogaron hayan cumplido cabalmente con las exigencias establecidas por *Miranda*. Surgen problemas similares si el acusado puede demostrar que fue interrogado por agentes de la policía durante un periodo prolongado de tiempo (el límite usual es de ocho horas) antes de haber sido presentado ante el juez para su acusación formal¹⁰. De

⁹ Voto particular del magistrado WHITE en el caso *Miranda v. Arizona*, 384 US 436, p. 542 (1966).

¹⁰ Respecto a la exclusión de confesiones obtenidas después de un retraso véase el caso *McNabb v. US*, 332, p. 344 (1943).

⁸ *Johnson v. New Jersey*, 384 US 719, p. 730 (1966).

igual forma, si el acusado puede demostrar que a pesar de que se le dieron a conocer sus derechos *Miranda*, se le negó el acceso a un abogado cuando lo solicitó, éste es un fundamento para excluir la confesión. Luego, si el acusado fue arrestado y la policía carecía completamente de una causa fundada, cualquier confesión que resulte de tal situación es considerada ilícita y, en consecuencia, se determina inadmisibles¹¹. Para admitir una confesión, el juez debe asegurarse de que todo ese tipo de alegaciones son infundadas. O, para ser más precisos, la acusación está obligada a convencer al juez por preponderancia de la prueba de la obtención lícita de la confesión — si el acusado alega el uso de estrategias ilegales —.

Desde un punto de vista epistémico, esto es un confuso cajón de sastre lleno de situaciones muy diversas. Pese a que podría ser razonable suponer que una confesión que ha sido inducida mediante violencia o amenazas es más probable que sea falsa que verdadera, seguramente es poco convincente decir lo mismo de una confesión que ha sido prestada cuando se le ha negado al declarante el acceso a un abogado o cuando ha sido sujeto a un interrogatorio durante nueve horas y no durante ocho horas o cuando ha sido arrestado sin causa justificada. La razón para excluir este tipo de confesiones está relacionada directamente con la infracción de las reglas por parte de los interrogadores, pero no son fundamentos legítimos para dudar del contenido de la confesión. Para fomentar el buen cumplimiento policial de las reglas vigentes sobre el tratamiento del acusado bajo arresto, los tribunales han decidido que es adecuado sancionar a la acusación con la exclusión de confesiones que son indiscutiblemente relevantes.

Esta decisión de supeditar la importancia de un veredicto correcto por la preocupación en la legalidad en la obtención de pruebas relevantes es una decisión política que va más allá del ámbito epistemológico. No pretendo eludir estas cuestiones, pero pospondré la discusión al respecto hasta el capítulo IX.

5. LA CORROBORACIÓN

Pese a que una confesión haya superado los tests de voluntariedad y de licitud, aún no puede ser presentada en el momento de máxima audiencia, es decir, ante el jurado. En la mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos, los jueces también deben cerciorarse de que existen otro tipo de pruebas

¹¹ Quizá los dos casos principales que establecieron la idea de que las confesiones ilícitas deben ser excluidas fueron: *Miranda v. Arizona*, 383 US 436, pp. 481-482 (1966) y *Rogers v. Richmond*, 365 US 534, p. 544 (1961).

sobre la culpabilidad del acusado, además de las que puede contener la propia confesión. La estructura específica del requisito de corroboración varía de una jurisdicción a otra. En la mayoría de las jurisdicciones, el requisito de corroboración exige que entre las pruebas presentadas por la acusación, con independencia de la confesión misma, se incluya la comprobación del cuerpo del delito. También en la mayoría de las jurisdicciones, si no se tiene otra prueba de culpabilidad más que la sola confesión, ésta es excluida, aun cuando aparentemente sea voluntaria y lícita. Tal exclusión no sólo significa que la acusación no podrá incluirla entre los elementos de prueba que presente, sino que en sus conclusiones tampoco podrá revelar al jurado nada de lo que el acusado declaró en su confesión, es más, ni siquiera que el acusado confesó. Si, en opinión del juez, la confesión no está corroborada por otros hechos del caso, jurídicamente es tratada como si nunca hubiese existido.

Aparentemente, el requisito de corroboración tiene una racionalidad epistémica obvia. Sin duda alguna, una confesión es más fiable si es apoyada por otras líneas de prueba independientes. No obstante, creo que el test de corroboración está mal situado en el proceso penal y que, concebido como un test de fiabilidad, es sumamente débil para hacer el trabajo que de él se espera.

Está mal situado durante un proceso penal porque el juez debe valorar cuestiones de relevancia y no de fiabilidad. Nadie discute que las confesiones, sean retractadas o no, son pruebas relevantes. Pero, si consideramos que el jurado es el juzgador de los hechos, es éste y no el juez quien debe valorar la fiabilidad de una confesión, al igual que se le deja valorar la fiabilidad de un testigo ocular o de muchas de las pruebas materiales. Sin embargo, como se dijo en el capítulo IV, dado que la epistemología es neutral respecto a si es el juez o el jurado quien debe determinar la fiabilidad de las pruebas, no insistiré más en este punto. Sólo quiero remarcar que los tribunales parecen estar muy preocupados respecto a que el jurado sobrevalore la autenticidad de una confesión retractada y, por ello, las confesiones deben presentarse ante al jurado sólo si previamente se ha certificado su probable autenticidad.

La razón principal por la que los juzgados y tribunales rehúsan confiar en que el jurado tratara responsablemente las pruebas confesionales, es el temor de que éste condenará automáticamente a todo acusado que ha rendido una confesión retractada. Richard A. LEO y Richard J. OFSCHE (1998:429), en el siguiente párrafo exponen lo que parece ser un consenso entre los jueces de apelación:

Dado que una confesión es universalmente tratada como prueba irrefutable y convincente de la culpabilidad, ésta puede vencer a todas las otras pruebas del caso y llevar al juzgador de los hechos a condenar a un acusado.

Si esta afirmación fuese verdadera, habría buenas razones para excluir todas las confesiones, incluidas las que han sido ampliamente corroboradas, por ser injustamente prejuiciosas. Sin embargo, hay pruebas empíricas suficientes que muestran que el jurado no es tan crédulo sobre las confesiones como muchos expertos consideran. Por ejemplo, en un estudio muy bien diseñado de los procesos judiciales sobre delitos mayores en Pittsburg, los autores encontraron que el índice de condenas para los acusados que no rindieron una confesión (admisible) fue del 54,5 por 100, mientras que aquellos que prestaron una confesión admisible fueron condenados en un 78,7 por 100 de los casos¹². Pese a que, a juzgar por estas cifras, el índice de condenas es claramente más alto cuando hay una confesión que cuando no la hay, es necesario hacer dos observaciones al respecto. La primera es que, suponiendo que los casos han sido similares al menos en cuanto a las pruebas inculpatorias, la existencia de una confesión debería incrementar el índice de condenas, al igual que debería hacerlo cualquier otra prueba ampliamente relevante que esté disponible en un tipo de casos y no en otro. Segunda, incluso cuando los jurados tuvieron a la mano una confesión, votaron por absolver al acusado en al menos una cuarta parte de los casos. Este hecho desmiente el mito de que los jurados toman las confesiones como una prueba decisiva o como «una prueba convincente de la culpabilidad». Vale la pena añadir que las confesiones escuchadas por los jurados de Pittsburgh ya habían pasado los tests de voluntariedad y de licitud hechos por los jueces correspondientes. Esto significa que gran parte de las confesiones más controvertidas y menos plausibles en ningún caso fueron escuchadas por los jurados. Entonces, tenemos razones para pensar que si, tal y como se ha sugerido, los jurados conocieran de todas las confesiones, a excepción de aquellas que han sido genuinamente otorgadas bajo coerción, los índices de condenas en los casos en los que se dispone de una confesión serían incluso más bajos que los encontrados en el estudio de Pittsburgh.

No obstante, el problema más serio en la regulación de la prueba confesional no es quién determina la fiabilidad, sino cuál es el test usado para valorar la fiabilidad, es decir, cómo se entiende la noción de corroboración. En la mayoría de las jurisdicciones, los tribunales superiores les dicen a los jueces que una confesión está corroborada siempre que exista cualquier prueba independiente que apoye la hipótesis de la comisión del delito. Esta exigencia es, en mi opinión, más que débil para determinar la fiabilidad de una confesión. En vez de esto, el juez (si es él quien valora la fiabilidad) o el jurado, debe entender que una confesión está corroborada sólo en caso de que contenga información sobre el delito que únicamente su autor podría conocer.

¹² SEEBERGER y WETTICK, 1967: 20.

La corroboración de cualquier hipótesis exige más que simplemente descubrir que algunas de sus consecuencias son verdaderas, que es la interpretación jurídica predominante de «corroborada». La única categoría de pruebas que corrobora sólidamente una hipótesis, H, está constituida por aquellos hechos que prueban seriamente la verdad de H —es decir, hechos que serían altamente improbables si H fuese falsa—. Así, cuando se trata de una confesión, se deben buscar hechos cuya verdad resulte altamente improbable si la confesión fuese falsa. Una confesión que está llena de detalles minuciosos sobre los hechos del delito entraría en esta categoría, puesto que evidentemente es poco probable que alguien que no ha participado en los hechos delictivos pueda describir esos hechos con precisión y detalle. Por otro lado, si la confesión no describe detalladamente los hechos del delito, si no conduce a la policía hacia pruebas que hasta ese momento no se tenían y ofrece más bien una descripción genérica que específica del delito, entonces seguimos careciendo de una corroboración firme de la culpabilidad del acusado. (Obviamente, es posible que algunas confesiones verdaderas tampoco cumplan con estas características. Quizá el delito se cometió cuando el acusado estaba tan ebrio o tan drogado que no puede recordar los detalles y lo único que puede recordar es que él cometió el delito. Pese a que algunas de tales confesiones pueden ser verdaderas, las confesiones en sí mismas no son fundamento suficiente para usarlas como base para condenar).

Podemos ver desde ya un posible inconveniente con la regla de corroboración «los hechos sólo son conocidos por su autor material». La categoría contrapuesta implicada aquí es, por supuesto, los terceros que no cometieron el delito. Esta regla ignora el hecho de que los policías que investigan los hechos, al momento de presentar cargos contra el sospechoso, probablemente ya tienen tanta información sobre los hechos del delito que resulta equiparable a aquella que sólo su autor podría saber —el tipo de arma usada, el *modus operandi* del autor material del delito, etcétera—. Si el encargado de interrogar al sospechoso, sin escrúpulos, suministra este tipo de información al inculpado durante el interrogatorio, éste bien podría prestar una confesión falsa que, no obstante, pudiera considerarse corroborada en este exigente sentido. Algunos sencillos trámites preventivos salvarían, o al menos minimizarían, estos problemas. Podríamos, por ejemplo, solicitar la grabación en audio o en vídeo de los interrogatorios (como ya sucede en gran parte del mundo angloparlante e incluso en muchas jurisdicciones de los Estados Unidos¹³). Estas grabaciones podrían revelar si la información contenida en una confesión refleja información de primera mano por parte del sospechoso

¹³ Se puede encontrar un buen tratamiento de las prácticas de interrogación actuales en GELLER, 1993: 2.

o si le fue proporcionada, intencional o no intencionalmente, por la policía durante su interrogatorio.

Supuesto que el juez comunique al jurado que una confesión expuesta no debe ser determinante (puesto que puede ser falsa) y que el jurado debe corroborarla mediante otras pruebas presentadas por la acusación, entonces el jurado debe conocer toda confesión relevante; es decir, cualquier confesión que no ha sido obtenida bajo coerción. (La cuestión de si el jurado debe conocer las confesiones ilícitamente obtenidas es, como ya mencioné, una cuestión política que va más allá del ámbito epistemológico).

La Corte Suprema rechaza que el criterio para la admisión de las confesiones debe ser la relevancia y no la voluntariedad. En 1961, por ejemplo, la Corte argumentó que para decidir si una confesión ha sido otorgada voluntariamente (y es, por ello, admisible), sería *inapropiado* considerar si ésta era probablemente verdadera¹⁴. Es decir, una confesión que sea internamente coherente y que haya sido ampliamente corroborada, no obstante, será excluida a menos que el Estado pueda demostrar que fue otorgada voluntariamente. Esta situación es al menos extraña. Recordemos que la posición inicial de la Corte —desde el siglo XIX hasta las reformas establecidas en el caso *Miranda* en 1960— era que la voluntariedad de una confesión era importante precisamente por ser un indicador de la fiabilidad o de la verdad de una confesión. Sin embargo, desde mediados del siglo XX, la voluntariedad ha cobrado importancia en sí misma, perdiendo su anterior rol como test de la verdad de una confesión. Lo que fue introducido originariamente como ayuda para la búsqueda de la verdad, ahora se ha convertido en un impedimento capaz de superar a la verdad misma. El precio que la sociedad paga por este voluntarismo, en el caso *Miranda* u otros, no es despreciable. Paul CASSELLS ha hecho estudios empíricos exhaustivos sobre el impacto que han tenido en los índices de condenas las garantías establecidas en *Miranda*. Entre sus conclusiones afirma que: «[C]ada año el número de delitos que quedan sin resolver a causa de las prerrogativas *Miranda* oscila entre los 56.000 y los 136.000 delitos violentos y entre los 72.000 y los 299.000 delitos de propiedad»¹⁵. Mientras, algunos académicos cuestionan estos concretos números, es innegable que muchas confesiones verdaderas siguen excluyéndose a causa de estas prerrogativas.

¹⁴ En el caso *Rogers v. Richmond*, la Corte argumentó que la impugnación de un supuesto otorgamiento voluntario de una confesión no puede resolverse usando «un estándar jurídico que tenga en cuenta las circunstancias de [su] probable verdad o falsedad» [365 US 534 (1961)]. En otras palabras, aparentemente las confesiones verdaderas pueden estimarse como inadmisibles si fueran «involuntarias».

¹⁵ CASSELLS, 1996: 387.

6. LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

Las confesiones son útiles para la policía y la acusación no sólo, y algunas veces ni siquiera principalmente, porque indican la culpabilidad de la parte que ha confesado, sino porque proporcionan un recurso invaluable para investigaciones colaterales. Una confesión puede tanto identificar a los cómplices como señalar a la policía la ubicación de algunas pistas importantes o de otras pruebas materiales relacionadas con el delito. En la práctica actual se considera que cuando una confesión se ha obtenido ilícitamente (por ejemplo, después de un arresto sin causa justificada), no sólo se debe excluir la confesión en sí misma sino que los tribunales también deben excluir todas las pruebas que se han obtenido como resultado del seguimiento de pistas obtenidas a través de esa confesión.

Supongamos que la confesión del pobre señor Gómez indica la ubicación actual de los bienes que se le acusa haber robado. Siguiendo esas pistas, la policía va al lugar donde Gómez afirma haber escondido los bienes robados y, efectivamente, los bienes están ahí, con las huellas dactilares de Gómez por todos lados. Desde mi punto de vista, esto constituiría una importante corroboración de la confesión de Gómez y es un fundamento poderoso para admitirla. Sin embargo, en los juzgados y tribunales estadounidenses si a Gómez se le ha negado el acceso a un abogado antes de su confesión o ha estado detenido por un tiempo superior al legalmente permitido antes de ser presentado ante el juez, entonces no sólo su confesión será excluida sino también todas las pruebas obtenidas como resultado de esa confesión, con independencia de cuán inculpatorias sean. Los tribunales federales han ido mucho más lejos, proponiendo la posibilidad de que en los casos de asesinato, cuando una confesión ilícita conduzca a la policía a la ubicación del cadáver, tanto la policía como la acusación deben fingir, a efectos del juicio, que desconocen el paradero del cuerpo¹⁶.

Indiscutiblemente, esta práctica (comúnmente conocida como la exclusión del «fruto envenenado de una confesión coaccionada») va en sentido contrario al interés en la búsqueda de la verdad reconocido por la Corte. Esta práctica impide al jurado acceder a un elemento de prueba que algunas veces es tremendamente relevante para decidir la inocencia o la culpabilidad del acusado. El fundamento para la exclusión de estas pruebas no puede ser epistémico puesto que, a diferencia de la exclusión de una confesión coaccionada (en donde la coerción aparentemente incrementa las probabilidades

¹⁶ El caso en que esta cuestión fue explícitamente planteada por el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito es *Killough v. US*, 315 2d 241, p. 245 (1962).

de que sea falsa), aquí estamos tratando con la admisibilidad de pruebas que (a diferencia de las confesiones falsas) no son inventadas por un acusado aterrado. Entonces, ¿por qué se excluyen estas pruebas?

La respuesta oficial es que la acusación no puede usar pruebas que ha obtenido ilícitamente en contra del acusado. Aun cuando el «fruto envenenado» en cuestión pudo haber sido incautado por orden judicial, se considera una incautación ilícita si la información sobre su existencia o ubicación proviene de una confesión otorgada en violación de los procedimientos legales establecidos. (Sólo hay una excepción clara a esta regla. Si el fruto envenenado proviene de un error de la policía durante la práctica del ritual *Miranda* antes de haber obtenido la confesión, los tribunales permitirán que la policía use en contra del acusado las pruebas que fueron obtenidas mediante el contenido de su confesión, aun cuando la confesión en sí misma sea excluida. Esto evidentemente sugiere que los propios tribunales albergan dudas sobre si los llamados derechos *Miranda* son, en el sentido usual del término, genuinos derechos). En la mayoría de los otros casos de confesiones obtenidas ilícitamente, el fruto envenenado será excluido junto con la confesión. En la constitución de los Estados Unidos no hay nada que implique o ratifique esta regla. Como muchas otras prácticas que constituyen obstáculos para la averiguación de la verdad, ésta se da porque los tribunales han decidido que los actos ilícitos de la policía deben desalentarse a cualquier precio. Esta doctrina, como otros obstáculos epistémicos vigentes en el derecho penal estadounidense, fue creada por los tribunales en el siglo XX. Antes de esto, la opinión prevaleciente era que las pruebas obtenidas siguiendo las pistas proporcionadas por una confesión ilícita eran totalmente admisibles, aun cuando la propia confesión no lo fuese.

No hay otros tribunales del *common law* en el mundo que excluyan tan sistemáticamente los frutos del árbol envenenado como lo hacen los tribunales estadounidenses. (Como veremos en esta sección, la doctrina de los frutos del árbol envenenado excluye a muchas más pruebas que las encontradas como resultado de una confesión obtenida ilícitamente). En otros países del *common law*, la jurisprudencia sostiene que mientras que la exclusión de una confesión ilícita u obtenida bajo coerción tiene su origen en una preocupación por la búsqueda de la verdad, no hay un fundamento relacionado con la verdad para excluir hechos indiscutibles y relevantes descubiertos como resultado de analizar una confesión de dudosa licitud. Estos países tienen razón y cuanto antes la Corte Suprema de los Estados Unidos afronte los efectos epistemológicamente perjudiciales de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, más pronto el derecho probatorio estadounidense recuperará un cierto grado de integridad epistémica.

Como se vio en el capítulo V, las actuales reglas probatorias y procedimentales fomentan en gran medida que el acusado permanezca en silencio.

Dichas medidas comprenden desde recordatorios inocuos al acusado sobre su derecho a guardar silencio hasta serios mecanismos que obstaculizan la búsqueda de la verdad como, por ejemplo, prohibir al jurado hacer cualquier inferencia del silencio del acusado o el cúmulo de consecuencias hostiles que éste tendría si decide rendir su declaración. Hasta aquí, en este capítulo se ha mostrado que si el acusado decide hablar y lo hace en forma de prueba confesional de la que posteriormente se retracta, el derecho impone una serie de rigurosos test que la acusación debe pasar para presentar esa confesión ante el jurado. Sólo uno de estos test, la existencia de pruebas confirmatorias, tiene un claro fundamento epistémico. Los otros dos test —exigir que se compruebe la «voluntariedad» (en el sentido idiosincrásico de este término usado actualmente por los tribunales) de la confesión antes de que el jurado la conozca y también que ha sido lícitamente obtenida— son esfuerzos bien intencionados pero erróneos, si es que la pretensión es reducir las confesiones falsas y mantener en el buen camino a los agentes de la policía que llevan a cabo las investigaciones.

Para empeorar la situación, el derecho, además de excluir un gran número de confesiones que probablemente sean verdaderas, normalmente previene al Estado de usar pruebas, con independencia de cuán fiables e inculpatorias sean, obtenidas en investigaciones de la policía hechas a partir de confesiones que han sido excluidas. En lugar de incentivar al acusado a decir lo que sabe sobre los hechos delictivos y dejar decidir al jurado tanto si una confesión es plausible como si está corroborada, el sistema vigente hace todo lo que está en su poder para asegurar que el acusado se mantenga en silencio durante el proceso y para que en caso de que haya revelado todo antes del juicio oral, sea muy difícil que tales revelaciones y sus frutos lleguen al jurado.

Si en estas políticas se percibe cierta hostilidad de la judicatura hacia el uso de las confesiones como un medio para probar los hechos, probablemente no se esté tan desorientado. Como la propia Corte Suprema, en un muy famoso criterio, sostuvo en el caso *Escobedo*:

[Un] sistema de derecho penal cuya aplicación llegue a depender de la «prueba confesional», a largo plazo será menos confiable y más propicio a los abusos que un sistema que dependa de pruebas externas obtenidas de forma independiente a través de investigaciones competentes¹⁷.

La Corte ofrece en ese argumento un conjunto de opciones falsas. Liberalizar las reglas de admisibilidad de las confesiones no sustituye a

¹⁷ *Escobedo v. Illinois*, 378 US 478, p. 488-489 (1964). Véase también este pasaje en el epígrafe del caso *Culombe v. Ct.*

las investigaciones de cargo independientes, sino que es un complemento indispensable de éstas. Y permitir al jurado conocer las confesiones relevantes obviamente no significa establecer un sistema que «dependerá de las confesiones». No hay razón alguna para creer que si se aceptan las pruebas confesionales como una de las muchas formas de probar los hechos, estas otras formas de prueba disminuirán rápidamente. Si reformulamos el comentario de la Corte en el caso *Escobedo*, podemos decir que un sistema de cumplimiento de la ley en donde frecuentemente se le niega al jurado conocer de una confesión relevante, será a largo plazo mucho menos fiable que un sistema que presenta la mayoría de las confesiones ante el jurado instruyéndolo para que exija la corroboración de toda confesión que se rinda. La Corte puede insistir, como lo hizo en 1949, en que: «El derecho no tolerará que un acusado se convierta en un engañoso instrumento de su propia condena»¹⁸; a pesar de ello, muchos de nosotros pensamos que un sistema judicial que frecuentemente se niega a sí mismo el acceso tanto a confesiones plausibles como a los indiscutiblemente relevantes frutos de éstas requiere urgentemente de una revisión epistemológica.

7. LA EXCLUSIÓN DE OTRAS PRUEBAS NO CONFESIONALES

En esta sección se pretenden discutir algunas de las ramificaciones que emanan de las reglas de exclusión que no están relacionadas con las confesiones. En términos más sencillos, si se han obtenido pruebas en violación de lo interpretado por la Corte como derechos del acusado establecidos en la Cuarta Enmienda (principalmente en relación con los arrestos, los registros y las incautaciones), dichas pruebas serán excluidas sin importar su relevancia para el caso en cuestión. Entonces, también lo será cualquier fruto envenenado relacionado con tales registros o incautaciones ilegales. Dejando de lado ciertos pormenores de la doctrina, se considera ilegal un registro o una incautación (incluido un arresto) si los agentes de la policía implicados carecen de una orden judicial o, al menos, de una «causa fundada» para creer que el acusado ha cometido un delito o, si se trata de un registro, para creer que podrían encontrarse pruebas de una actividad delictiva. Es importante añadir que las reglas de exclusión que se discuten no sólo son aplicables cuando ha habido violación a los derechos constitucionales del acusado, algunas veces también se aplican por violaciones a lo establecido por el derecho positivo para la obtención de las pruebas en cuestión. Consideremos algunos ejemplos concretos:

¹⁸ *Watts v. Indiana*, 338 US 49, p. 54 (1949).

— Si un oficial de la policía observa en una estación de tren que un pasajero que está a punto de abordar uno de los trenes lleva algo que parece ser un arma escondida bajo su gruesa americana, legalmente el oficial puede detener a ese pasajero y cachearlo. Si el oficial en ese registro encuentra una pistola o cualquier otro objeto de contrabando que ha podido identificar por medio del tacto, puede incautar las pruebas relevantes y arrestar al pasajero. Sin embargo, si el oficial busca dentro de los bolsillos del sospechoso y encuentra (por ejemplo) un pequeño paquete de explosivos potentes, esta prueba será excluida dado que en un cacheo, según lo establecido por la ley, no se permite buscar en el interior de las prendas. Sin una causa fundada para la búsqueda de sustancias químicas prohibidas dentro de los bolsillos de un sujeto, esta búsqueda sería ilegal. Y las pruebas así obtenidas serán excluidas.

— La policía mediante uno de sus informantes tiene información de que John lleva la contabilidad de un local que pertenece a la mafia. La policía presenta ante un juez las pruebas que tiene y obtiene una orden de registro para buscar en el despacho de John los documentos relevantes de esta presunta actividad. La policía muestra la orden, entra a la casa de John y los agentes son conducidos al escritorio de John, el cual registran exhaustivamente pero sin ninguna utilidad. Antes de irse, preguntan a John cuál de los armarios de su vestíbulo se usa para la «ropa de invierno»; él contesta. La policía abre el armario y encuentra entre los abrigos y los impermeables una caja cerrada. QUITAN la tapa de la caja y descubren paquetes de droga ocultos en bolsas de plástico. Arrestan a John por posesión de drogas. Sin embargo, esto será en vano, puesto que cualquier juez en un proceso donde se acuse a John por posesión de drogas advertirá que la orden fue dictada para buscar documentos en su estudio y no para buscar drogas en su casa.

— Un oficial de tránsito detiene la furgoneta de Peter por exceso de velocidad. Mientras el oficial revisa la licencia de manejo y los documentos del automóvil, se percató de que una tela larga llamativamente cubre algo en los asientos traseros. El oficial recuerda un mensaje que la policía le ha enviado una hora antes sobre un atraco a una tienda de vinos y licores por un sujeto armado con una escopeta, por lo que se acerca al vehículo y por la ventana abierta levanta la tela. Debajo de ésta, el oficial encuentra una escopeta, la misma que según revelaron los ulteriores análisis de laboratorio había sido usada en el delito. Sin embargo, el arma no puede ser usada como elemento de prueba en el juicio que se le sigue a Peter por robo, pues el oficial que le arrestó no tenía motivos fundados para sospechar que bajo la tela se estaba ocultando una escopeta.

Lo que estos ejemplos ilustran es que la clase de actos ilegales cometidos por la policía que pueden suscitar la exclusión de pruebas no sólo está constituida por el flagrante abuso de autoridad (por ejemplo, cachear arbi-

trariamente a un sujeto sin razón alguna, entrar a la casa de alguien sin una orden judicial, etcétera), sino por aquellas acciones que nos podrían parecer relativamente inocuas y razonables por parte de la policía.

Ahora bien, es importante acentuar que el único tipo de ilicitudes que podría conllevar la exclusión de pruebas implica actos cometidos específicamente en contra del acusado, y no cualquier infracción a la ley por parte de la policía. Esta rara premisa — los actos ilícitos en contra de sujetos diferentes al acusado no justifican la exclusión de pruebas, pero si estos actos son en contra del acusado sí la justifican — conduce a muchas situaciones extrañas. Supongamos, por ejemplo, que el jefe de una división de policía local encargada del cumplimiento de la ley en materia de juegos y prostitución, el sargento O'Leary, recibe por medio de una llamada telefónica anónima el chivatazo de que Big Al se dedica al tráfico de drogas y al negocio de la prostitución fuera de su oficina en el centro. Aun sabiendo que los chivatazos anónimos no alcanzan el nivel de causa fundada, O'Leary decide darle seguimiento y organiza un grupo de miembros de su división de policía para entrar por la fuerza a la oficina de Big Al. En el interior de ésta encuentran el Gran Libro Negro de Big Al, con información sobre las ventas de droga, fechas, citas con prostitutas y otros detalles de las operaciones de Big Al. O'Leary se lleva el libro a la comisaría de policía y lo analiza minuciosamente. Con base en la información que tiene, procede a arrestar a cuatro de los socios de Al por venta de drogas y a otros siete por prostitución. Un elemento de prueba fundamental en estos casos será el libro de Big Al. Pese a que O'Leary evidentemente incautó de forma ilegal el libro, el Estado puede usarlo en contra de los socios de Al, puesto que sus derechos establecidos en la Cuarta Enmienda no fueron violados por el allanamiento de la policía. Lo que el Estado no puede hacer es usar la misma prueba ilegal en contra del propio Al.

Aún confiado en atrapar al cabecilla, O'Leary cree que el asistente de Al, Schwartz, puede tener un segundo ejemplar del Gran Libro Negro, presuponiendo que Al probablemente no guardaría todos sus contactos y operaciones en un solo ejemplar. Una vez más, se trata de un mero presentimiento y no de una prueba suficiente para convencer al juez de que dicte una orden para registrar la casa de Schwartz. No obstante, O'Leary entra a la fuerza a casa de Schwartz y encuentra ese segundo ejemplar. Evidentemente, el Estado no puede usar ese segundo ejemplar para acusar a Schwartz (puesto que el registro es violatorio de sus derechos); aun así, lo tiene atrapado por la información contenida en el ejemplar original de Al. Lo que el Estado sí puede hacer es usar la información contenida en el ejemplar de Schwartz para condenar a Big Al. Una vez más, no habrá obstáculos judiciales de admisibilidad que permitan usar las pruebas incautadas ilegalmente siempre y cuando no se usen para acusar a la persona cuyos derechos fueron violados

por esa incautación. En este ejemplo tenemos copias idénticas de un mismo libro, ambas incautadas ilegalmente. El primer ejemplar puede ser usado en contra de todos los cómplices de Big Al y el segundo en contra del propio jefe. El asunto es que la regla que excluye las pruebas ilícitas no sanciona ni regula la actuación ilegal de la policía en contra de un tercero que no es el acusado, mientras que al acusado le otorga la garantía incontrovertible de que la violación ilegal de sus derechos conllevará automáticamente la exclusión de las pruebas incautadas, con independencia de cuán incriminatorias sean.

En este hipotético ejemplo se asume que todas las partes involucradas son culpables. El funcionamiento de la regla de exclusión de pruebas ilícitas cuando se trata de personas inocentes es más extraño. Mientras que la acusación no lleve a juicio a un sujeto, el recurso incorporado en esta regla de exclusión no le proporciona ningún remedio o protección contra los registros o incautaciones ilegales. Mientras el sujeto no sea el acusado en un juicio, no tiene legitimación procesal y, en consecuencia, no puede objetar el uso de pruebas por parte del Estado que le han sido incautadas ilegalmente a cualquier otro sujeto. Si esto le parece a usted una política pública coherente para dirigir los procesos judiciales e investigaciones penales, entonces la regla de exclusión de pruebas ilícitas no le parecerá extraña. Sin embargo, para muchos de nosotros ésta es un ultraje no sólo a la búsqueda de la verdad sino a los principios básicos de igualdad procesal de las partes y de protección al inocente. Esta regla ofrece garantías muy amplias a aquel que es probablemente culpable, mientras hace muy poco o nada para salvaguardar los intereses de quien es probablemente inocente. Peor aún, supuestamente está regida por la preocupación de impedir actos ilegales de la policía; sin embargo, no sanciona de forma alguna tales comportamientos cuando se dirigen hacia cualquier otro que no es el acusado.

Nadie cuestiona que muchas de las pruebas incautadas en registros ilegales puedan ser sumamente relevantes, esto es, que fortalecerían la creencia de una persona razonable en la probabilidad de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa. Y tampoco hay dudas de que muchos de los culpables de delitos graves caminan libremente gracias a esta regla de exclusión. (Se ha estimado que la exclusión de pruebas ilícitas socava, lo que de otra manera sería un enjuiciamiento efectivo, aproximadamente el 5 por 100 del total de los casos de delitos graves y aproximadamente un 30 por 100 de los casos de droga¹⁹). Por tanto, la eliminación de esta regla es muy

¹⁹ Según afirma el *National Institute of Justice, US Department of Justice* (1982), en su *The Effects of the Exclusionary Rule*: el «4.8 por 100 del total de los arrestados respecto de los que se desestimó continuar con la acusación durante el periodo de 1976 a 1979 [en California]... fue debido a problemas durante un registro e incautación».

conveniente, siempre y cuando estemos un tanto preocupados por la verdad y ampliamente preocupados por la justicia. Si tomamos seriamente la idea del capítulo 5 respecto a que el juzgador de los hechos debe conocer todas las pruebas relevantes, entonces se debe abandonar la exclusión de pruebas que se han obtenido ilegalmente.

Hay otra argucia inesperada de las reglas de exclusión que es digna de mención. Si el acusado declara en su defensa, podrán admitirse las pruebas que previamente fueron excluidas por su ilicitud, en atención a la igualdad procesal de las partes con el objetivo de recusar el testimonio del acusado. Multiplicando las ironías, resulta que la acusación no puede usar tales pruebas para recusar la fiabilidad del testimonio de ningún testigo de la defensa, sino únicamente del testimonio del propio acusado. Consideremos un caso típico en el razonamiento de la apelación sobre estas cuestiones. En un caso de 1966, *US v. Morla-Trinidad*, un sospechoso de tráfico de cocaína fue llevado a juicio por venta y posesión de sustancias prohibidas. Éste no era su primer roce con la ley. Antes de este juicio, había sido juzgado por cargos similares; sin embargo, se estimó que la prueba principal, la cocaína encontrada en su posesión, había sido obtenida en una incautación ilegal y, por ello, se excluyó en ese proceso²⁰ (siendo absuelto). Algunos años después, Morla-Trinidad fue acusado por un nuevo caso de posesión de sustancias prohibidas. El acusado declaró en su defensa, afirmando que nunca había estado en posesión de cocaína. Entonces, el juez permitió a la acusación presentar la prueba ilícita que había sido excluida del juicio anterior, con el objetivo de refutar la afirmación del acusado. En suma, pruebas evidentemente relevantes fueron originariamente excluidas durante el primer juicio con el argumento de que eran ilegales. Sin embargo, este obstáculo se desvanece tan pronto como el acusado en un segundo juicio declara que nunca ha estado relacionado con las drogas. El acusado fue condenado y en apelación el tribunal respectivo confirmó la sentencia, citando el siguiente criterio de la Corte Suprema:

... las afirmaciones hechas por un acusado respondiendo al interrogatorio cruzado que son señaladas razonablemente en el interrogatorio directo del acusado son susceptibles de impugnación, aunque hayan sido resultado de pruebas obtenidas ilícitamente, y son inadmisibles como argumento de la acusación o como prueba sustantiva de su culpabilidad²¹.

La torcida lógica judicial en este caso es que las pruebas no se usaron en el segundo juicio para demostrar la culpabilidad del acusado sino para

²⁰ 100 F.3d 1, p. 6 (1st Circuit 1996).

²¹ *US v. Havens*, 446 US 620 (US 1980).

demostrar que había mentido en su testimonio. Pero si las pruebas de posesión de cocaína son pertinentes y admisibles para mostrar que el acusado es un mentiroso, ¿por qué no son admisibles y pertinentes para mostrar que el acusado estaba en posesión de drogas ilegales?

Anteriormente se mencionó que Estados Unidos es el único país del *common law* que insiste en que las pruebas encontradas en registros ilegales y cualquier otro elemento de prueba a los que éstas conduzcan (por ejemplo, cuentas de banco, nombres de socios), no pueden ser usadas como prueba de la acusación en contra del acusado de un delito. No siempre ha sido así. Hasta la primera mitad del siglo XX, la teoría predominante en la judicatura estadounidense era que las pruebas relevantes para demostrar la culpabilidad o la inocencia de una persona acusada podían presentarse en el juicio sin importar cómo llegaron a la policía. En 1841, por ejemplo, el Tribunal Superior de Massachusetts estuvo lidiando con un caso en el que la policía se incautó de ciertos documentos incriminatorios sin una orden judicial. El acusado argumentó que tales pruebas no podían ser usadas en su contra. La resolución de la Corte fue inequívoca:

Se admite que los... materiales fueron incautados ilegalmente, sin embargo, éste no es un argumento jurídico en contra de su admisión como prueba. Si la orden de registro era ilegal o si el oficial que cumplía la orden excedió su autoridad, la parte que solicitó la orden o el oficial serán responsables por el daño causado; pero, esto no es una justificación adecuada para excluir como prueba los documentos incautados si éstos resultan pertinentes para el caso, como incuestionablemente lo son. *Cuando se ofrecen documentos como elemento de prueba, el tribunal puede ignorar cómo fueron obtenidos, sin importar si fue legal o ilegalmente...*²².

Concediendo que esos documentos no debieron incautarse ilegalmente, la Corte señaló que el acusado aún tenía un recurso contra los daños que el registro y la incautación le ocasionaron: podría denunciar por allanamiento de morada e incautación ilegal al agente de la policía que dirigió el registro ilegal. Lo que el acusado no podía hacer, según argumentó la Corte, es obstaculizar la admisión de pruebas que eran manifiestamente relevantes e inculpatorias en el proceso seguido en su contra. Esta doctrina había sido la doctrina prevaleciente durante muchos siglos en el *common law* inglés y estadounidense. Las pruebas eran las pruebas, cómo fueron obtenidas por el tribunal o por la policía no tenía nada que ver con su admisibilidad. (La situación de las confesiones obtenidas ilícitamente, en oposición a las pruebas físicas, era más compleja, pero dados nuestros propósitos la omitiremos).

²² 43 Mass. 329, p. 337 (1841). (La cursiva es mía).

Más recientemente, en 1904, la Corte Suprema declaró la total constitucionalidad de una decisión de un tribunal inferior que resolvió la admisión de pruebas provenientes de una incautación ilegal²³. Sin embargo, una famosa decisión de la Corte Suprema en 1914 llevó este criterio a nivel federal. La Corte sostuvo que admitir a juicio pruebas contaminadas, obtenidas ilegalmente, sería aprobar judicialmente las actuaciones ilegales de la policía. Ese caso, *Weeks v. US*, fue la fuente principal de la regla de exclusión de pruebas obtenidas en violación de los derechos constitucionales del acusado. (En 1961, la Corte Suprema amplió la aplicación de esta regla de exclusión a los procedimientos judiciales estatales²⁴). En el caso *Weeks*, los magistrados escribieron:

La tendencia de quienes ejecutan las leyes penales del país de ganar condenas mediante incautaciones ilegales o confesiones bajo coerción, estas últimas frecuentemente obtenidas después de someter a los acusados a prácticas injustificadas contrarias a los derechos garantizados por la Constitución Federal, no debe encontrar aprobación en las resoluciones de los tribunales, que siempre tienen sustento constitucional y que las personas de cualquier condición tienen el derecho de pedir para la protección de esos derechos fundamentales²⁵.

Una década más tarde, el magistrado Louis BRANDEIS reivindicó esto argumentando la importancia de esta regla de exclusión para preservar la integridad judicial:

En un gobierno de leyes, la existencia del gobierno será puesta en peligro si éste deja de observar escrupulosamente la ley... La delincuencia es contagiosa. Si el gobierno se convierte en infractor, engendrará el desacato a la ley; invitará a todo hombre a dictarse sus propias leyes; invitará a la anarquía²⁶.

En el capítulo IX volveremos a valorar estas opiniones morales y políticas. Antes de esto, es importante entender claramente algunas cuestiones epistemológicas. La consecuencia principal de esta regla de exclusión es evitar que algunas pruebas relevantes, sin importar que sean inculpatorias, se usen en un proceso judicial si han sido incautadas ilegalmente. «Ilegal», tal como es usado aquí, comúnmente significa que las pruebas han sido incautadas sin una orden judicial válida o, en términos más generales, pruebas incautadas al acusado sin una causa fundada para creer que el registro policial conduciría a una actividad delictiva. Desde que se introdujo esta regla,

se ha generado un intenso debate entre los defensores de los derechos civiles y los partidarios del movimiento conocido como *tough-on-crime*. Mientras que los primeros argumentan que se debe proteger a los ciudadanos en contra de las intrusiones arbitrarias e injustificadas en sus hogares, coches y otros espacios privados, los segundos mantienen que las pruebas son las pruebas y que los criminales no deberían salir libres de la cárcel simplemente por un error del agente policial.

Es evidente que la exclusión de pruebas relevantes e inculpatorias por la forma en que fueron obtenidas incrementa significativamente la probabilidad de las absoluciones falsas. Los tribunales siempre reconocen este hecho. La propia Corte Suprema se pronunció muy moderadamente sobre este asunto en 1973, cuando declaró que las garantías establecidas en la Cuarta Enmienda en contra de los registros y las incautaciones «no están relacionadas con la promoción de una determinación imparcial de la verdad en el proceso penal»²⁷. De hecho, esta declaración es más fuerte, dado que tales garantías no son neutrales — como pareciera sugerir, en cambio, la frase «no están relacionadas con» — respecto a «la determinación imparcial de la verdad», pues en realidad la *socavan*. Como se plantea en el clásico libro sobre la prueba en el derecho, *McCormick on Evidence*: «El hecho de que las pruebas excluidas [por esta regla de exclusión] no sólo son relevantes y legítimas sino muy fiables, incrementa la dificultad de justificar» tales reglas²⁸.

¿Cómo se justifican actualmente estas reglas? Existe una serie de argumentos que suelen citarse a favor de la exclusión de pruebas obtenidas en violación de los derechos del acusado, ya se ha aludido a algunos de ellos en fragmentos citados en este capítulo. Básicamente se agrupan en tres títulos: a) las pruebas incautadas mediante un acto violatorio de los derechos del acusado deben ser excluidas porque de lo contrario los tribunales no estarían protegiendo los derechos del acusado; b) los tribunales deben ser vistos como un modelo de integridad jurídica y no como cómplices de actos infractores de la ley; y, c) la negativa de los tribunales para admitir pruebas que han sido incautadas ilegalmente por la policía enviará el mensaje convincente y conveniente a los oficiales de la policía de que, si pretenden que sus pruebas sean usadas para condenar a un delincuente, deben ser escrupulosos en la forma de adquirirlas²⁹. En el capítulo IX abordaremos detalladamente estos argumentos no epistémicos.

²³ *N. de los TT.*: Los seguidores de este movimiento sostienen fundamentalmente la necesidad de adoptar políticas públicas muy duras para erradicar el crimen, considerando la pena o el castigo como respuesta primaria a la criminalidad.

²⁷ *Schneekloth v. Bustamonte*, 412 US 218, p. 242 (1973).

²⁸ MCCORMICK: 1954; 165.

²⁹ En el caso *Michigan v. Tucker*, la Suprema Corte escribió: «el propósito disuasivo de la regla de exclusión asume necesariamente que la policía ha participado en conductas dolosas o, al menos, negligentes, que han privado al acusado de alguno de sus derechos. Al no admitir pruebas

²³ *Adams v. New York*, 192 US 585 (1904).

²⁴ El caso en cuestión fue *Mapp v. Ohio*, 364 US 643 (1961).

²⁵ *Weeks v. US*, 232 US 383, p. 393 (1914).

²⁶ *Olmstead v. US*, 277 US 438 (1928).

Para los objetivos de nuestro experimento mental, basta con advertir que una regla de admisibilidad tan radical como ésta no puede tener lugar en un conjunto de reglas probatorias diseñadas principalmente para fomentar la búsqueda de la verdad. La existencia de esas reglas contradice la afirmación de que el actual sistema de justicia penal busca, sobre todo, encontrar la verdad de los hechos delictivos.

Dos observaciones finales acerca de esta regla de exclusión de pruebas. La primera está relacionada con lo que a primera vista podría ser una cuestión económica antes que una cuestión epistémica. Cualquiera que haya seguido algún juicio en contra de una celebridad sabe que los abogados invierten gran cantidad de tiempo y recursos en debatir la admisión de pruebas en las audiencias preliminares. No hay reglas probatorias que generen más controversias de este tipo que las disputas sobre las presuntas irregularidades señaladas por la Cuarta Enmienda. De igual forma, el listado de señalamientos para las vistas de los tribunales de apelación está lleno de apelaciones a decisiones de admisión de pruebas dictadas en audiencia preliminar al tenor de lo dispuesto en esta regla. Evidentemente, si dicha regla fuese reemplazada por otra más sencilla que estableciera que todas las pruebas relevantes son admisibles, tales demoras y gastos serían ampliamente reducidos.

¿Por qué esto es importante para la búsqueda de la verdad? Simplemente porque el tiempo y los recursos financieros de la acusación, del abogado de la defensa y de los tribunales de apelación son sumamente limitados. Las energías que actualmente se invierten en discutir la admisibilidad de pruebas que son claramente relevantes podrían invertirse provechosamente en una preparación más meticulosa de la base probatoria que cada parte presentara en el juicio oral. Con la búsqueda de testigos adicionales, si es que los hay, o invirtiendo más en investigar las cuestiones forenses del caso, muchas veces se contribuiría positivamente a la capacidad del jurado para encontrar la verdad de los hechos delictivos. En lo que respecta a los recursos de apelación, los jueces de los tribunales superiores — si no tuvieran la pesada tarea de pronunciarse sobre los fallos de admisión de pruebas impugnados — podrían revisar muchos más procesos de los que actualmente pueden y, con algo de suerte, encontrar y corregir más errores de los que ahora ya se encuentran y corrigen. En pocas palabras, sería más probable llegar a veredictos fiables si los recursos humanos y económicos — actualmente dedicados en gran medida a debates ociosos acerca de si el juzgador de los hechos debería o no conocer los elementos probatorios que son indiscutiblemente relevantes y

obtenidas como resultado de tales conductas, los tribunales esperan inculcar en esos oficiales de investigación concretos o en sus futuros homólogos, un mayor grado de cuidado hacia los derechos de un acusado» [417 US 433, p. 447 (US 1974)].

fiables — fueran empleados para reducir las probabilidades de los veredictos erróneos.

Hay otro argumento a considerar antes de dejar este tema: mientras que los críticos de esta regla de exclusión (como yo) señalan los costos implicados al excluir pruebas relevantes que fueron incautadas ilegalmente e insisten en que tal actuación ilegal puede ser reparada por otras vías (por ejemplo, mediante cargos civiles y penales en contra de los oficiales que cometieron la infracción), los defensores de esta regla suelen señalar que si estas vías alternativas realmente funcionaran, entonces las pruebas ilícitas no llegarían a manos de la policía y esta regla de exclusión nunca tendría que invocarse. Según ellos, es más importante el hecho de que los «costos» atribuidos a esta regla son exactamente los mismos «costos» que serían pagados por una sociedad en la que no hubiese esta regla de exclusión y, en cambio, hubiese oficiales de policía que cumplan escrupulosamente la ley. Yale KAMISAR (1999: 486, nota 136)³⁰ formula este argumento de la siguiente manera:

Una sociedad cuya policía cumple fielmente con la Cuarta Enmienda, ¿no «paga el mismo precio» que una sociedad en la que los oficiales encargados de aplicar las leyes no pueden usar las pruebas que obtuvieron porque han violado la Cuarta Enmienda? ¿No condenan a menos delincuentes ambas sociedades?

La respuesta a la primera pregunta de KAMISAR es, en mi opinión, negativa. Una cosa es que Jones sea absuelto porque la policía, sin haber violado la ley, no tenga pruebas suficientes para convencer al jurado de su culpabilidad. Y otra muy diferente es que dado que la policía ha obtenido de forma ilegal pruebas muy incriminatorias en contra de Jones, el juzgado o tribunal no le permita usarlas. En ambos casos, como KAMISAR afirma, efectivamente Jones será absuelto. En este sentido, las dos sociedades que KAMISAR describe son similares. Sin embargo, en el segundo caso, es de conocimiento público que el Estado, aun cuando ha cometido un acto ilegal a expensas de Jones, tiene ahora pruebas convincentes de su culpabilidad. Sabiendo que, a pesar de esto, el juez no permitirá que el jurado tenga toda la información con la que se cuenta. En tales circunstancias, la población percibe una flagrante injusticia. La injusticia que la población percibiría en el registro ilegal de la casa del culpable, Jones, se consideraría como una injusticia menor si se le compara con el hecho de permitir que un delincuente evidentemente culpable escape de la condena por no darle al jurado toda la información que el Estado tiene sobre su culpabilidad. El hecho de no utilizar ningún tipo de

³⁰ El énfasis está en el original. Puede encontrarse un argumento similar en POSNER, 1999: 1533.

test para hacer un balance de la importancia de los diversos intereses en conflicto, hace presumir que los tribunales consideran que hay una equivalencia moral entre (por ejemplo) hacer un registro ilegal y cometer un asesinato (o cualquier otro delito del que se le acuse a Jones). El asesino queda en libertad porque la policía no tenía causa fundada para registrar el almacén donde se encontraron pruebas convincentes de sus actos criminales.

En este importante sentido, las dos sociedades descritas por KAMISAR pagan costos muy diferentes. Por tales razones, me parece que un gobierno liberal debe mantener un equilibrio entre desalentar energicamente los actos ilegales de la policía y, a su vez, no tolerar una «absolución por meras formalidades» cuando las pruebas que se han obtenido ilícitamente — sobre todo si el acto ilegal no fue especialmente agravante — han llegado a su poder.

Hay otra diferencia importante que KAMISAR no toma en cuenta. Muchas de las prácticas que se tienen para la obtención de pruebas que comportan su exclusión, no implican actuaciones de la policía consideradas como delito, aun cuando puedan ser violatorias de derechos. Por ejemplo, no es un delito que la policía no informe al detenido de sus derechos *Miranda* inmediatamente después de su detención. No es un delito el hecho de que un agente de policía que está cacheando a un sujeto saque un paquete de droga del bolsillo de éste. Tampoco es un delito si la policía escucha por casualidad la confesión que un delincuente hace a su sacerdote. A pesar de esto, los tribunales se negarán a admitir tales pruebas, de la misma forma en que seguramente lo harían si la policía las obtuvo cometiendo algún flagrante acto delictivo.

CAPÍTULO VIII

NON BIS IN IDEM Y LAS ABSOLUCIONES FALSAS: ¿LIBERANDO A LOS CULPABLES Y A LOS JUECES DE SUS RESPONSABILIDADES?

Siempre, y sea como sea, que hay una absolución en un proceso penal, el escenario se cierra y el telón cae.

Fiscal General del Reino Unido¹

No permitir [la apelación de una absolución] es un beneficio arbitrario para el culpable, no un esquema cuidadosamente estructurado para proteger al inocente... El acusado no tiene un derecho absoluto a los errores jurídicos que le benefician.

Akhil Amar (1997: 1884)

La comunidad soporta un gasto incalculable cuando la enorme maquinaria construida para llevar a los criminales ante la justicia puede derribarse por el mero error de un juez individual no sujeto a ningún tipo de apelación.

Scott SHAFER (1990: 906)

I. EL PROBLEMA PRINCIPAL

En los cuatro capítulos anteriores se han analizado algunas reglas probatorias que son epistemológicamente muy problemáticas. Ahora se analizarán

¹ DEVLIN, 1956: 75.

otras reglas procedimentales que tienen problemas similares. Me centraré en la que probablemente es la fuente individual más grande de errores evitables en el sistema judicial: la asimetría del proceso de apelación.

Dado que estamos hablando de un cambio de la prueba al procedimiento, nuestro criterio filosófico de evaluación también debe cambiar. La relevancia no será ya el meta-principio rector, puesto que las reglas procedimentales no se ocupan de la admisión de pruebas *per se*. Como se indicó en el capítulo V, cuando se trata de evaluar el procedimiento las meta-reglas correspondientes se centran en enfatizar la importancia tanto de aumentar las probabilidades de que el jurado llegue a veredictos válidos como de asegurar que el sistema sea capaz de identificar y corregir (algunos de) los errores que se cometen. Evidentemente son estas últimas cuestiones las que nos interesan en este capítulo, pues los procedimientos de apelación generalmente determinan lo que pasa una vez que el juzgador de los hechos ha dado ya su veredicto, es decir, se determina si éste es válido o no.

En este contexto, hay básicamente dos tipos de errores en juego. Por un lado, el jurado pudo haber llegado a una conclusión sobre la inocencia o la culpabilidad del acusado que no está soportada por las pruebas. Anteriormente llamé a este tipo de error «veredicto inválido». Y, por otro lado, el juez, que preside todo el curso del proceso, pudo haberse apartado significativamente de las reglas probatorias y procedimentales. Por ejemplo, pudo haber excluido testigos o pruebas que las reglas exigían incluir o, quizá con mayor probabilidad, pudo haber incluido pruebas que las reglas vigentes ordenaban excluir; o bien, pudo dar instrucciones incorrectas al jurado durante el proceso, desde la definición jurídica del delito que se juzga hasta cuestiones relacionadas con el estándar de prueba, etcétera. Cualquiera de estos errores cometidos por el juez podría hacer que el jurado llegue a un veredicto incorrecto.

En un sistema jurídico epistemológicamente ideal habría mecanismos para identificar todos estos tipos de errores y corregirlos. Por ello, la pregunta clave de este capítulo será: cuán cerca está el sistema jurídico estadounidense vigente de este ideal?

El sistema que regula los tribunales federales de los Estados Unidos de América cuenta con diversos medios con los que se intenta prevenir o corregir tales errores. Uno de estos mecanismos corresponde al juez del proceso. En el transcurso del juicio, casi en cualquier momento, el juez puede decidir que las pruebas de la acusación son muy débiles para justificar una condena y, entonces, desestimar los cargos en contra del acusado. Esto puede suceder incluso *después* de que el jurado ha anunciado un veredicto condenatorio. La facultad del juez para anular una condena resuelta por el jurado es un instrumento poderoso para garantizar que las condenas falsas no proceda-

rán —obviamente suponiendo que es correcta la determinación del juez que declara que tales pruebas de la acusación no han alcanzado el estándar más allá de toda razonable—.

Sin embargo, no se puede confiar al juez la identificación de los errores que él mismo pudo haber cometido durante el proceso. Por ello, la mayoría de las apelaciones en materia penal se centran en supuestos errores cometidos por el juez que lleva el caso. Cuando los tribunales de apelación consideran que las alegaciones presentadas podrían tener fundamento, revisan el caso, abriendo el camino para anular el veredicto existente y ordenar un nuevo juicio o, simplemente, cambiar la condena por una absolución. Si la apelación interpuesta se declara improcedente, el condenado generalmente tiene la posibilidad de seguir, al menos, un paso adelante en el sistema, esperando que un tribunal de apelación, superior al que rechazó su apelación inicial, encuentre fundado su argumento.

Estos diversos mecanismos de control del sistema son sumamente apropiados. En principio, permiten al sistema encontrar muchos de los errores que de otra manera serían indetectables e incorregibles. Aun así, hay un gran defecto en este, por lo demás, optimista escenario. El funcionamiento de dicho mecanismo de revisión, la apelación, es completamente parcial. El juez puede revocar el veredicto de culpabilidad del jurado con el fundamento de que las pruebas no justifican tal decisión, pero nada puede hacer para cambiar un veredicto de absolución dictado por el jurado, aun cuando esté convencido de que las pruebas de la culpabilidad del acusado son concluyentes. La misma asimetría asciende en la jerarquía. Si un acusado es condenado, tiene derecho a apelar el veredicto ante un tribunal superior; pero si es absuelto, no está permitido que la acusación pida su corrección o revisión a un tribunal de apelación, aun cuando el veredicto del jurado fuese absurdo o los errores cometidos por el juez durante el proceso fuesen vergonzosos. En pocas palabras, las absoluciones del jurado o del juez son la última palabra en el asunto.

Obviamente el resultado de esta asimetría es que mientras muchas condenas erróneas serán corregidas, las absoluciones erróneas seguirán intactas. En lugar de usar la maquinaria de apelación para reducir cualquier tipo de error (como los intereses epistemológicos demandarían), el sistema de justicia claramente proclama su interés en revisar y corregir únicamente las condenas falsas, dejando sin cambios cualquier absolución falsa dictada por jueces incompetentes o jurados cuyas inferencias son cuestionables.

Si nos preguntamos sobre las razones de esta situación, la respuesta no puede ser que el sistema considera que los jurados nunca dicen absoluciones inválidas o que los jueces sólo cometen errores graves en aquellos procesos que terminan en condena. La respuesta común, o al menos inicial,

es que así lo establecen tanto la historia del *common law* como la Quinta Enmienda de la constitución estadounidense. En el *common law*, nos dirían, nunca se ha permitido la apelación de las absoluciones, y la garantía a no ser juzgado dos veces por el mismo delito otorgada por la Quinta Enmienda constitucional prohíbe un segundo juicio oral a cualquier acusado. Ambas explicaciones pueden ser engañosas.

Aun cuando, efectivamente, en el *common law* tradicionalmente no se ha permitido la apelación de las absoluciones, es igualmente cierto que en algún momento tampoco se permitió la apelación de condenas. El gran jurista del siglo XVII, Sir William BLACKSTONE (1765-1769: 335), continuamente hacía referencia a «la máxima universal del *common law* de Inglaterra respecto a que ningún hombre sería expuesto a la posibilidad de ser condenado más de una vez por el mismo delito durante toda su vida». Esto significa que no habrá ningún nuevo juicio. Por ello, si la tradición del *common law* fuese fundamento suficiente para esta cuestión, entonces no se debe permitir apelar ningún tipo de veredicto.

Esta doctrina del *common law* fue consagrada en la Quinta Enmienda de la constitución estadounidense. Según especifica el texto correspondiente, «ninguna persona será sujeta a la posibilidad de ser condenada penalmente dos veces por el mismo delito durante su vida». Tomada literalmente en inglés, esta cláusula (al igual que la antigua formulación de BLACKSTONE) protege a los ciudadanos de un doble enjuiciamiento únicamente cuando se trata de delitos castigados con pena de muerte, puesto que usa la frase «*life or limb*», que era muy común en el siglo XVIII para referirse a la pena de muerte. [La palabra «*limb*» (extremidad) era comúnmente utilizada para referirse a la práctica de desmembrar el cuerpo del condenado como parte de la pena de muerte].

Durante los primeros años de la República en Estados Unidos, la enmienda tuvo un significado literal: cualquiera que haya sido juzgado por un tribunal federal, tanto si hubiese sido condenado o si hubiese sido absuelto de un delito castigado con la pena de muerte, no podría ser juzgado otra vez² (la garantía de no ser juzgado dos veces por el mismo delito no siempre ha estado presente en la jurisdicción estatal). También es necesario enfatizar que este principio no fue pensado para prohibir concretamente la apelación de las absoluciones. Cuando se aprobó el *Bill of Rights*, el mecanismo de apelación judicial, tal como lo conocemos ahora, no había sido diseñado,

² N. de los TT.: El texto original dice: «No person... shall be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb».

³ Dos casos muy importantes del siglo XIX en los que se discutió la prohibición de ordenar un nuevo proceso por un tribunal de apelación tanto para las absoluciones como para las condenas son: *People v. Constock* [8 Wend. 549 (1832)] y *US v. Gilbert* [25 F. Cas. 1287 (1834)].

por lo que no había apelaciones, tal como ahora entendemos el término, ni de condenas ni de absoluciones. Los errores que el sistema podría generar eran corregibles principalmente mediante el otorgamiento de indultos u otros recursos extrajudiciales.

Sin embargo, durante el siglo XIX la doctrina del *Non bis in idem* inglés sufrió muchos cambios. En la década de 1870 esta garantía se extendió de los delitos castigados con pena de muerte a otros delitos considerados graves e incluso a algunos delitos menores, aun cuando claramente la constitución establecía lo contrario³. Para entonces, tanto los legisladores como los jueces tenían claro que los jurados algunas veces condenaban erróneamente a los acusados y que tales condenas muchas veces no eran revocadas por el juez (que sí tenía esa facultad). En 1889, con el objetivo de proteger al acusado de ese tipo de resoluciones judiciales, se diseñó la maquinaria de apelación, permitiendo a los acusados de delitos federales castigados con pena de muerte apelar sus condenas ante tribunales superiores, presuponiendo que éstos podrían identificar posibles errores graves cometidos durante el proceso. Si los tribunales de apelación resolvían que se había cometido una infracción procesal grave, se ordenaba un nuevo juicio y el acusado tenía una segunda oportunidad para obtener una absolución. En 1891, el derecho de apelación se extendió a todos los acusados de delitos graves que habían sido condenados por un tribunal federal.

Hasta aquí todo es adecuado. Obviamente éste fue un cambio que mejoró la capacidad de búsqueda de la verdad del sistema de justicia en materia penal, posibilitando la detección y corrección de muchas condenas falsas que hubiesen sido indetectables bajo la anterior política de no apelación. Desafortunadamente, los legisladores y los jueces de la época se resistieron energicamente a la posibilidad de permitir la apelación de las absoluciones, aun cuando hubiesen ocurrido errores garrafales durante el proceso⁴. Esto, como sostendré, por diversas razones además de la ya

³ El caso más importante para que la garantía a no ser juzgado dos veces por el mismo delito se extendiera a todos los delitos federales fue *Ex parte Lange* (1873). Oliver Wendell HOLMES consideró que dicha ampliación a los delitos menores era un grave error: «Si... la prohibición constitucional [de ser juzgado dos veces por el mismo delito] se debe extender a los delitos menores, tendremos al país sujeto a una doctrina que incluirá todo el derecho penal lo que, en mi opinión, tendría serias y malevolas consecuencias. Actualmente en este país hay más peligro de que los delincuentes evadan la justicia que la posibilidad de que sean sujetos a tiranías» [Kepler v. US 100, pp. 134 (US 1904)].

⁴ El primer caso en el cual la Corte Suprema indicó que las absoluciones concretamente no podían apelarse fue *US v. Sarge*, 144, US 310 (1982), poco tiempo después se implementó la apelación de las condenas. El caso en el que finalmente se introdujo esta doctrina como un derecho constitucional fue *Kepler v. US* [95 US 100 (1904)]. En 1978, la Corte Suprema insistió en que la no apelación de las absoluciones era aplicable aun cuando la absoluciones fuesen resultado de decisiones «flagrantemente erróneas» por parte del juez [Santabria v. US, 437 US 54, p. 59 (1978)].

evidente, fue un claro error. Además, con el argumento del principio *Non bis in idem*, también se prohibió la apelación de absoluciones dictadas directamente por un juez y los veredictos de no-culpabilidad resueltos en *bench trials*, por lo que no se trataba únicamente de los veredictos resueltos por un jurado⁵. Finalmente, en la década de 1960, la Corte Suprema sostuvo que la garantía de no ser juzgado dos veces por el mismo delito era aplicable tanto en los juicios federales como en los estatales⁶. Desde entonces, tal garantía ha gobernado prácticamente todos los juicios penales en los Estados Unidos.

Con todas estas complejidades, es fácil perder de vista que el motivo original del principio *Non bis in idem* —garantizar que los veredictos resueltos en juicio fuesen inapelables y definitivos— fue rápidamente abandonado. De hecho, sólo se olvidó claramente a favor de una de las partes. Lo que se conservó —y además ha llegado a ser el núcleo de la teoría moderna de este principio— fue el criterio de que únicamente las absoluciones no son susceptibles de revisión judicial, a diferencia de finales del siglo XIX cuando ningún veredicto podría ser sujeto a tal revisión. Las condenas, por el contrario, llegaron a ser vistas como un paso intermedio provisional, pues eran sujetas a recurso de apelación, revisadas y revocadas por tribunales superiores cuando se llegaban a detectar irregularidades graves en el proceso que afectaban los intereses jurídicos del acusado. (Recordemos que actualmente *la mayoría* de las condenas por delitos graves son apeladas⁷). De este modo, el *Non bis in idem* pasó de ser un criterio que enfatizaba la integridad e irrevocabilidad de los veredictos —con independencia del tipo de veredicto— a ser un principio que únicamente elimina la posibilidad de apelar las absoluciones del jurado o, en su caso, las absoluciones o las desestimaciones de la causa por parte del juez.

Todos sabemos que las absoluciones falsas son muy comunes y que si el derecho permitiera su revisión, algunos o quizá muchos de esos errores pudieran corregirse, como frecuentemente se corrigen las condenas falsas. Ahora bien, las absoluciones falsas que estamos discutiendo en este punto no son aquellas que inevitablemente se presentan al sesgar a favor del ac-

⁵ Como bien remarcó el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito en el caso *Lynch v. U.S.*: «La Corte Suprema ha dejado igualmente claro que la decisión de prohibir la revisión de absoluciones es aplicable tanto a los casos en los que el juzgador de los hechos es un juez profesional como a los juicios resueltos por un jurado» (162 F.3d 732, p. 738 (1998)).

⁶ El caso relevante al respecto es *Benton vs. Maryland*, 395 US 784 (1969). La Corte Suprema señaló: «resolvemos que la prohibición de juzgar dos veces por el mismo delito contenida en la Quinta Enmienda constituye un principio fundamental en nuestro patrimonio constitucional y que debe aplicarse en los estados mediante la Corte Suprema y sus tribunales estatales» (p. 794).

⁷ Según el *Bureau of Justice Statistics* (2001: 4), cuatro de cada cinco acusadas (81 por 100) que han sido condenadas en un juicio oral seguido en los tribunales federales apela su condena.

sado el estándar de prueba «más allá de toda duda razonable». Este tipo de errores es un rasgo intrínseco del sistema. Las absoluciones que nos interesan aquí son más bien aquellas falsas absoluciones que ocurren por circunstancias como la inadecuada exclusión o admisión de pruebas materiales o de testimonios, por irregularidades en el proceso, por malas instrucciones de los jueces a los jurados, por la corrupción de jurados y testigos, por las inferencias imprecisas de los jurados y errores similares⁸.

Los antecedentes del principio *Non bis in idem* constituyen una historia de cómo ha sido transformado un criterio imparcial, que originariamente no permitía la apelación de los veredictos, en una concepción parcial a favor de los acusados, en la cual aquellos que han sido condenados pueden ser juzgados nuevamente, pero no aquellos que han obtenido una absolución. Ésta es una de las actuales distorsiones implicadas en esta historia y donde se centrará este capítulo.

2. LA APELACIÓN DE ABSOLUCIONES: UNA OBVIEDAD

Empezaré siendo un poco más concreto y específico acerca del estado actual de la cuestión. Antes de iniciar el juicio oral hay comúnmente una audiencia para resolver la admisibilidad de las pruebas. Tanto la acusación como la defensa pueden objetar las decisiones de admisibilidad que el juez haya tomado en dicha audiencia preliminar y pueden también apelar tales decisiones ante tribunales superiores. Ambas partes están en igualdad de condiciones en esta etapa preliminar. Sin embargo, tan pronto como el jurado presta juramento la situación cambia drásticamente. El principio de *Non bis in idem* repentinamente se «incorpora» al argot y las asimetrías se multiplican. Las decisiones de admisibilidad de pruebas que no fueron presentadas en dicha etapa previa pueden ser apeladas por la defensa cuando se dicta una condena pero no por la acusación cuando se ha dictado una absolución. Si el juez decide (como es su facultad) desestimar los cargos presentados contra el acusado por considerar que las pruebas de la acusación son muy débiles para condenar, esta decisión es inapelable y el acusado no podrá ser juzgado otra vez por el mismo delito. Si el juez le ha dado malas instrucciones al jurado acerca del derecho o del estándar de prueba necesario para condenar, la defensa puede argumentarlo para apelar; pero, en cambio, la acusación no puede hacerlo. (Dejando de lado el soborno, el único hecho

⁸ De acuerdo con un famoso estudio de los recursos de apelación, casi un tercio (29 por 100) de todos los casos en que se dictó pena de muerte y que fueron revocados en apelación se debían a malas instrucciones del juez al jurado sobre el derecho aplicable (Lisaman et. al., 2000: sección IV).

por el cual la acusación puede apelar una absolución que, por otro lado, es sumamente raro que se presente, es cuando el jurado ha votado la condena del acusado pero el juez la deja sin efecto y dicta su absolución⁹.

El alcance de los posibles errores que puede cometer el juez va mucho más allá de las malas instrucciones al jurado y de decisiones inadecuadas sobre cuestiones probatorias. Por ejemplo, el juez tiene la facultad de sancionar a la acusación por infracciones graves al protocolo procesal mediante la desestimación inmediata de pruebas en contra del acusado, con independencia de cuán incriminatorias puedan ser. Una decisión de este tipo no es apelable y el acusado no puede ser juzgado nuevamente. (Por el contrario, el juez no puede sancionar las violaciones de la defensa mediante la declaración de culpabilidad del acusado). Ni siquiera es necesario que la acusación o la defensa cometan un error para que el juez decida intervenir y desestimar un caso y, con ello, eliminar la posibilidad de apelación de la acusación y de ulteriores enjuiciamientos por el mismo delito al acusado.

Dado que esta facultad del juez es sumamente significativa y absoluta (pues es irrevocable), quizá es conveniente recordar los detalles del caso en que se estableció este criterio. El caso fue *Fong Foo v. US*, resuelto en 1962¹⁰. Se trataba de una denuncia por conspiración y fraude contra los directores de una firma privada que abastecía al gobierno de diversos tipos de equipos meteorológicos. El Estado argumentaba que los directivos de la compañía sabían que los equipos estaban defectuosos y que eran, además, de baja calidad. La acusación emprendió la denuncia con la presentación de diversos testigos preliminares. A mitad del testimonio del tercer testigo y mucho antes de que la acusación hubiese presentado las pruebas correspondientes, el juez intervino y desestimó el juicio seguido contra Fong Foo. El Tribunal de Circuito ante el que la acusación apeló, resumió así lo sucedido:

[El juez] terminó abruptamente el juicio iniciado por el gobierno... mucho antes de que el gobierno tuviese oportunidad de mostrar si había o no fundamentos para seguir el caso; y, además, lo hizo ignorando la naturaleza exacta o la coherencia de las pruebas concretas de cargo que el abogado del gobierno decía tener disponibles y listas para presentar¹¹.

Pese a todo esto, la Corte Suprema insistió en que la acusación no tenía derecho a apelar la desestimación directa, aun cuando tal desestimación po-

dría haber estado mal informada y aun cuando ésta eliminara la posibilidad de iniciar otro proceso en contra de Foo por los mismos hechos en cuestión. El hecho de que los jueces tengan la facultad de silenciar a la acusación con una cuasientencia, como en el caso narrado, es una situación bastante negativa; sin embargo, es mucho peor que no exista un control sobre esta facultad. Éste es exactamente el tipo de absurdos epistémicos a los que conduce la asimetría del recurso de apelación.

¿Por qué la posibilidad de apelar, de revisar si se llegó legítimamente a un veredicto, debería ser sólo para una de las partes? La respuesta inmediata es que la apelación de una absolución bien podría exigir un nuevo juicio (sobre todo si el tribunal de apelación encuentra errores graves en la actuación del juez). Pero, un segundo proceso, hasta el momento, está constitucionalmente prohibido mediante la garantía del *Non bis in idem*. Es comprensible que se llegue a pensar que la cláusula «no ser juzgado dos veces por el mismo delito», interpretada literalmente, debería prohibir la apelación tanto de las condenas como de las absoluciones, puesto que ambas podrían terminar en lo que cualquier persona (y probablemente la mayoría de los acusados) consideraría un segundo proceso. La respuesta más común es que solicitan-do la apelación de su condena o pidiendo al juez que declare nulo el juicio, el acusado renuncia voluntariamente a su derecho constitucional a no ser sometido a un segundo proceso¹². Pero, bajo ese argumento, seguramente un acusado absuelto no renunciará a ese derecho para que la acusación pueda apelar su absolución.

Se puede ofrecer fácilmente un contrargumento a esta cuestión, señalando que (como Oliver Wendell Holmes genialmente sostuvo) no está del todo claro en qué preciso momento termina un proceso judicial como tal o, llegados a este punto, cuándo ha habido un proceso «legítimo». Holmes consideraba que un proceso no termina hasta que se hubiesen presentado todas las apelaciones relevantes y, si alguna de éstas procedía, hasta que se agotara el nuevo juicio. Consideremos un ejemplo muy simple: supongamos que Wilson está sujeto a juicio acusado de violación. Las pruebas de la acusación son muy convincentes. Justo antes de que el jurado salga a deliberar, el juez les explica que no pueden condenar a menos que estén convencidos «más allá de toda duda» de la culpabilidad de Wilson. El jurado absuelve. Claramente el juez ha cometido un grave error al definir incorrectamente el

⁹ En el caso *People v. Aleman*, un tribunal de Illinois estableció que una absolución obtenida mediante el soborno al juez no pone al acusado en una situación de doble enjuiciamiento. Por tanto, se determinó, el acusado puede ser nuevamente juzgado por el mismo delito.

¹⁰ 369 US 141 (1962).

¹¹ 286 F.2d pp. 562-563 (1962).

¹² Tal como la Corte Suprema afirmó: «una petición del acusado de nulidad del proceso ordinariamente es asumida como la eliminación de cualquier barrera para un nuevo enjuiciamiento» (*US v. Jorn*, 400 US, 470, p. 485 (1971)). Hasta donde se, en el caso *Trono v. US* (199 US 521 (1905)), la Corte Suprema suscribió por primera vez la doctrina de que un acusado declarado culpable puede renunciar a su derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito mediante la apelación de su condena.

estándar de prueba necesario para condenar. Supongamos que existen muchas razones para creer que la mala instrucción del juez al jurado ocasionó tal anómalo veredicto. ¿Ha ocurrido un proceso judicial? No, si entendemos por «proceso» un procedimiento judicial en el que el estándar para condenar al acusado es «más allá de toda duda razonable». Es más, si la respuesta es afirmativa, ¿estamos obligados a decir que éste terminó cuando el jurado dio su veredicto sin importar sus deficiencias o lo dudoso que sea el veredicto? Si suponemos que Wilson tiene derecho a ser procesado adecuadamente, se puede argumentar que el proceso al que fue sometido no fue adecuado.

Si esta situación parece tensa y escolástica, recordemos lo que pasa cuando se declara la nulidad de un juicio. Si el juez considera que la acusación o el abogado de la defensa han comprometido flagrantemente la integridad del proceso con algunas declaraciones o estrategias (por ejemplo, si la acusación mencionó los antecedentes penales del acusado) puede declarar la nulidad del juicio. De igual forma, si el jurado no llega a un consenso para dictar su veredicto (lo que sucede alrededor de 1 de cada 9 juicios orales¹³), el juez declarará la nulidad del juicio. Cuando esto pasa, el jurado es excusado y el acusado es sometido a un nuevo juicio. Esta situación no viola el principio *Non bis in idem*, dada la ficción jurídica de que el acusado no fue enjuiciado la primera vez, sino que fue «inválidamente enjuiciado». Ahora bien, si es aceptable someter nuevamente a juicio a un acusado cuando se ha declarado nulo el anterior proceso por conductas indebidas de la acusación, del abogado defensor, del jurado o si el juez no puede aceptar el veredicto del jurado, ¿por qué cuando el juez ha cometido errores graves es imposible enjuiciar otra vez al acusado que ha sido absuelto? Si nuestro interés principal fuera la reducción de errores, obviamente no sería complicado redefinir la concepción de que un proceso no termina sino hasta que se agoten todas las apelaciones posibles que se puedan presentar al caso por cualquiera de las partes que quiera ejercerlas.

Entonces, ¿por qué muchos observadores (especialmente entre los abogados defensores) defienden que la asimetría del principio *Non bis in idem* debe mantenerse sin importar cuánto frustre la búsqueda de la verdad? La Corte Suprema estadounidense en innumerables ocasiones ha dejado claro que este principio funciona para proclamar errores que favorezcan al acusado. Aun así, la Corte sostiene que la prohibición constitucional del doble enjuiciamiento está blindada. Como los jueces escribieron en un clásico caso del *Non bis in idem* en 1984:

La protección constitucional de no ser juzgado dos veces por el mismo delito claramente prohíbe un segundo proceso después de una absolución. [porque] el interés público en la irrevocabilidad de las decisiones judiciales en materia penal es lo suficientemente fuerte como para que un acusado absuelto no deba ser juzgado nuevamente *aun cuando el fundamento de su absolución fuera flagrantemente erróneo*... Si la inocencia del acusado ha sido ratificada en una decisión definitiva, la constitución da por hecho que un segundo proceso sería injusto.¹⁴

Este fragmento tiene un significado literal. Aun cuando un testigo hubiese sido sobornado por el cómplice del acusado o si el juez hubiese cometido errores inauditos, la absolución del acusado sigue firme. Bajo el supuesto que la misma Corte considera, que el acusado ha sido absuelto con fundamentos «flagrantemente erróneos», es indispensable preguntarse, ¿por qué sería «injusto» un segundo proceso? ¿por qué sería «injusto» negarse a dejar en libertad al acusado que ha obtenido su absolución en un proceso llevado erróneamente? Por el contrario, para la sociedad parece injusto mantener una absolución que es evidentemente errónea, al igual que es injusto mantener una condena errónea. Entre los que sostienen estas ideas sobre el principio *Non bis in idem*, además del argumento de la justicia, se han usado otros argumentos igual de dudosos. Por ejemplo, Martin FRIEDLAND (1969: 4), autor de un libro sobre este principio, formula el argumento principal en contra del doble enjuiciamiento en los siguientes términos:

[Si se permitiera el doble enjuiciamiento], un acusado que es genuinamente inocente no tendría la energía ni los recursos para afrontar una segunda acusación. Y, sabiendo que existe la posibilidad de un segundo proceso, podría admitir su culpabilidad en el primero. Pero, aun cuando el acusado se defienda enérgicamente en su segundo enjuiciamiento, podría estar en una gran desventaja... dado que, en condiciones normales, tendría que revelar todas sus pruebas de descargo en el primer juicio. ... Entonces la acusación tendría la posibilidad de estudiar el expediente y encontrar defectos y contradicciones en dichas pruebas, usando esto en el segundo proceso.

Evidentemente lo anterior es una serie de *non sequiturs*. Si fuera cierto que una persona inocente «careciera de energía o recursos» para resistir un segundo proceso, entonces deberíamos prohibir a los jueces que declararan la nulidad de juicios, puesto que esto suele implicar que el acusado inicie desde cero. Si fuese cierto que muchos acusados no soportarían un segundo encuentro, no se esperaría que más del 80 por 100 del total de los acusados

¹³ Según un estudio que analizó los tribunales de Los Ángeles en la década de 1990, de los juicios seguidos ante jurado, se suspendió al jurado en un 11 por 100 de las veces [39 U. West. L.A. Rev. 215 (1998)].

¹⁴ *Rodriguez v. Hawaii*, 469 US 1078, p. 1079 (1984). La cursiva es mía.

condenados por delitos graves apelaran su condena¹⁵, puesto que de concedérsele implicaría normalmente ir a un segundo proceso. En cuanto a la posibilidad de que, frente a la expectativa de un segundo juicio, un acusado que es genuinamente inocente podría admitir su culpabilidad de forma inmediata para evadir el primer proceso, parece sumamente inverosímil a primera vista. Pese a lo desagradable que debe ser el hecho de ser sometido a un proceso, ya no digamos a dos, si lo comparamos con lo desagradable que suelen ser la mayoría de las penas correspondientes, es menor.

El último argumento de FAREDEAV es el más elocuente de todos. Expresa cierta preocupación respecto a que la acusación tendría mayor conocimiento sobre la estrategia de la defensa si se permitiese el doble enjuiciamiento (por supuesto después de que se ha declarado nulo un proceso o se ha revocado una condena), e incluso tendría la capacidad para detectar «contradicciones en las pruebas de descargo». Si tenemos alguna ligera inclinación a considerar que el objetivo del proceso es la búsqueda de la verdad, entonces seguramente aprobaríamos que cualquiera de las partes pudiese exponer cualquier contradicción que encontrase en las pruebas presentadas por la otra parte. El sistema adversarial está diseñado precisamente para promover esto. Sólo un fervoroso abogado defensor, en pro de que su cliente gane y no por el descubrimiento de la verdad, podría esperar que los demás tomaríamos en serio el argumento de que una de las principales ventajas de un sistema que sólo permite un único enjuiciamiento es tolerar que las inconsistencias de la defensa sean indetectables e inapelables.

Veamos, nuevamente, lo que sucede cuando se declara la nulidad de un proceso o cuando una condena es revocada. Generalmente, se nombra un nuevo jurado y el procedimiento inicia otra vez desde cero. El acusado pierde la irrevocabilidad y tiene que costear gastos adicionales. La acusación conoce la estrategia de la defensa. Y, pese a todo esto, el *Non bis in idem* deja de proteger al acusado cuando el primer proceso se ha declarado nulo: ¿Por qué estas consideraciones deberían dejarse de lado sin más, cuando un acusado es absuelto en un proceso que se ha resuelto debido a errores que le han sido favorables?

Otro argumento común a favor del *Non bis in idem* implica la idea de que si el Estado no limita sólo a uno los procesos a seguir en contra de un acusado por el mismo delito, se podría perseguir a alguien indefinidamente. Llevarle una y otra vez a juicio por los mismos hechos, hasta que un jurado terminara condenándole o la situación le volviese loco. Éste es un falso argumento que sólo distrae del tema en cuestión. En ningún momento se ha propuesto aquí que el Estado pueda perseguir a alguien indefinidamente por el mismo delito. Sino que una absolución, al igual que una condena, debería ser apelable. Si no

se gana la apelación de una absolución — es decir, si no hubo errores graves en el primer juicio — entonces finaliza el poder del Estado para perseguir al acusado, al menos en lo que respecta al delito en cuestión.

Finalmente, hay otro argumento muy familiar para defender que se prohiba la apelación de las absoluciones, se trata de la facultad del jurado para anular el derecho aplicable (*Jury nullification*). Aun cuando al jurado no se le pueda informar sobre este derecho y pese a que probablemente se trata más de un poder que de un derecho en sí mismo, es evidente que, en el sistema jurídico vigente, el jurado puede absolver pese a que las pruebas practicadas durante el juicio oral sean abrumadoramente inculporias¹⁶. Se ha sugerido que este poder estaría en riesgo si se llegase a permitir la revocación de absoluciones. Este argumento a favor del *Non bis in idem* carece de sentido. Si la revisión judicial se limita (como normalmente lo hace) a encontrar errores jurídicos realizados durante el proceso y no a objetar los motivos o el razonamiento de los miembros del jurado, el derecho del jurado a anular no se vería para nada afectado si se permitiese la apelación de absoluciones. La anulación de un veredicto por el jurado sólo se dictaría si el tribunal de apelación identificara errores *procedimentales* graves en el mismo proceso. (La anulación de un veredicto claramente no se da por errores procesales. Éste sería un veredicto inválido). En términos más generales, ninguna absolución puede convertirse en condena simplemente porque el tribunal de apelación ordene un nuevo juicio. La facultad de los tribunales de apelación se limitaría únicamente a ordenar un nuevo juicio. Si el derecho que fue anulado por el primer jurado no era aceptable para la comunidad, el segundo jurado también podría anularlo.

Es evidente que ninguno de los argumentos mencionados en contra de la apelación de las absoluciones muestra hasta ahora siquiera un mínimo de preocupación por la verdad o la falsedad de los hechos. Sólo puede encontrar un argumento que relaciona el *Non bis in idem* con la búsqueda de la verdad y la reducción de errores, fue presentado por el magistrado Hugo BLACK en una famosa decisión, con posturas muy divididas, de la Corte Suprema en 1975. BLACK redactó:

Según el *Black's Law Dictionary*, es el rechazo deliberado de las pruebas presentadas durante el juicio o la negativa a aplicar el derecho correspondiente por parte del jurado, bien porque éste quiere enviar un mensaje sobre alguna cuestión de interés social que se considera de relevancia más allá del caso en cuestión o porque el resultado señalado por el derecho es contrario al sentido de la justicia, la moralidad o la imparcialidad del jurado.

En Estados Unidos, la Quinta Enmienda de la constitución federal convirtió en definitivo e inapelable el veredicto de absolución dictado por un jurado, situación que da a éste un poder inherente para seguir única y exclusivamente sus propios criterios al emitir su veredicto.

La Corte Suprema ha descrito a esa facultad de anulación del jurado como la «sancción de un poder» que un jurado «no tiene derecho a ejercer» (*Dunn v. U.S.*, 284 US 390, p. 393 (1932)). Y como el «poder irrevocable que tiene el jurado de regresar a un veredicto de no-culpabilidad por «razones inaceptables» [*U.S. v. Powell*, 469 US 57, p. 63 (1984)].

¹⁵ Esta cifra se ha tomado de STRIN, 1990, nota 39.

El Estado con todos sus recursos y facultades no debería tener la posibilidad de intentar una y otra vez condenar a un individuo por un supuesto delito... [de esa forma] se incrementan las posibilidades de que aun cuando el acusado sea inocente, se le encuentre culpable.¹⁷

Si empleamos los términos que hemos estado usando aquí, diríamos que BLACK argumentó que permitir un nuevo juicio, dada la anulación de una absolución, inevitablemente supondría más condenas falsas de las que produce el sistema vigente. Y tiene razón. Todo lo que se necesita es un error del tribunal de apelación ordenando un nuevo juicio, habiendo anulado una absolución verdadera, y que el jurado además pronuncie una condena falsa en ese nuevo juicio. Pero tenemos varias razones para suponer que esta cadena de errores no sería muy común, aunque seguramente sucedería alguna que otra vez.

No obstante, este argumento se ha convertido en un artificio muy frecuente y trillado. Ya se han presentado varios ejemplos sobre esto en las páginas anteriores. En contra de una regla concreta o política pública específica, muchos suelen argumentar únicamente su tendencia, por baja que sea, a incrementar el índice de las condenas falsas. Y este argumento resulta por sí mismo suficiente para desacreditar la política en cuestión. Pero, como se ha dicho ya, presentar únicamente ese argumento es penosamente insuficiente. Al evaluar cualquier regla o práctica judicial, necesitamos valorar sus efectos adicionales para la averiguación de la verdad y la reducción del error: ¿es probable que la política pública comentada reduzca ampliamente el número de absoluciones falsas y, a la par, produzca solamente un incremento menor en las condenas falsas? Entonces, seguramente sería inteligente adoptar dicha política. Como se ha defendido aquí, la apelación de absoluciones entra perfectamente en esa categoría. El punto crucial de todo esto es que nunca se debe adoptar una política pública simplemente diciendo que reducirá la proporción de las condenas falsas, como tampoco nunca debería considerarse como argumento definitivo en contra de una política decir que incrementará la proporción de las condenas falsas. Ambas estrategias descansan en la presunción de que nuestro único interés legítimo son las condenas falsas y no las absoluciones falsas. Lo que el magistrado BLACK debió cuestionar es si permitir apelar absoluciones produciría un incremento o una disminución en el índice de los veredictos falsos en conjunto. La respuesta a esto es indiscutible: la proporción de errores en su conjunto descendería *considerablemente* si las absoluciones se sometieran, al igual que las condenas, a revisión.

Hasta aquí he planteado mi desacuerdo con la apelación asimétrica porque se identifican menos errores en los casos individuales de los que se

identificarían con una política pública imparcial. Sin embargo, existe otro problema aún mayor que genera una política pública que permite sólo la apelación de las condenas y no de las absoluciones. A diferencia del problema que hemos analizado (en el que todos reconocen explícitamente que muchas absoluciones falsas que podrían ser identificadas en revisión pasan por el sistema), este segundo se centra en una situación menos obvia y, por supuesto, menos deliberada. Es bien sabido que cuando se adopta una política pública con el paso del tiempo mostrará sus múltiples consecuencias no planeadas y no previstas. La política del sistema de apelaciones asimétricas no es la excepción. Ahora que tenemos poco más de un valioso siglo de experiencia con este sistema, podemos identificar entre esas consecuencias algunas con implicaciones epistémicas.

Los jueces instructores, más que nadie, son árbitros. Su trabajo es pronunciar sobre todos los recursos e impugnaciones que surgen en el curso de un proceso. Éstos deben resolver todas las objeciones que los abogados se hacen recíprocamente a las pretensiones de sus partes. También forma parte de su labor instruir al jurado acerca del derecho relevante. La defensa puede apelar casi toda resolución o instrucción solicitada al juez. En una apelación típica, el abogado de la defensa puede impugnar docenas de decisiones o instrucciones dictadas por el juez en el curso de ese proceso.

Parece razonable suponer que, en esas circunstancias, los jueces instructores preferirían que no muchas de sus resoluciones fuesen revocadas por un tribunal de apelación. Un juez cuyos casos son habitualmente revocados en apelación, probablemente será considerado por sus pares al menos como poco competente. En tales circunstancias, es importante que todo juez sepa que prácticamente ninguna resolución dictada durante el proceso a favor del acusado puede ser apelada y que, en cambio, todo fallo que favorezca a la acusación puede serlo. En un caso extremo, el tribunal de apelación nunca revocaría las decisiones de un juez que durante el juicio resuelve regularmente a favor del acusado, sin importar cuán mal fundamentadas o incorrectas sean sus sentencias.

Ahora bien, en ningún momento he cuestionado la honestidad de dichos juzgadores. Si el derecho es claro en determinada área, es de suponer que éstos lo aplicaran neutralmente, olvidándose de si deben favorecer a alguna de las partes. Pero muchos procesos conllevan pretensiones que exigen decisiones difíciles o casos límite en los que se pueden formular argumentos plausibles tanto para resolver a favor como en contra. En tales circunstancias, esperaríamos encontrar como patrón decisiones judiciales a favor del acusado y, no casualmente, del tipo de decisiones que no pueden ser revocadas en apelación. KATE SITTA (1990: 37) ha comentado al respecto:

¹⁷ Green v. US 184, pp. 187-188 (1957).

En un sistema que bloquee totalmente cualquier apelación de la acusación... [] un tribunal de primera instancia que busca disminuir la revocación de sus resoluciones, resolverá a favor del acusado todas las cuestiones impugnadas. Si el juicio termina con una absolución (y, presuponiendo que al fallar a favor del acusado se incrementa la probabilidad de este resultado), las cuestiones de derecho no podrán ser apeladas. Si el juicio termina en una condena, el acusado no tendría nada que apelar dada su prevalencia en todas las cuestiones de derecho.

En pocas palabras, hay una parcialidad ineludible en un sistema que sólo permite la apelación de las condenas, una parcialidad que fomenta resoluciones a favor del acusado en cuestiones de derecho controvertidas. Negar esta tesis implicaría creer que los jueces son totalmente indiferentes a la revocación por parte de un tribunal superior de los procesos que han llevado. Dada la naturaleza humana, esto parece poco probable. En cambio, un sistema que permitiese apelar tanto las condenas como las absoluciones no ofrecería a los jueces de primera instancia ningún incentivo para favorecer en sus resoluciones a una u otra parte.

La audiencia preliminar de pruebas fue adoptada en el sistema, en parte, para reducir el potencial daño asociado con esta asimetría. En principio, en la audiencia preliminar —cuyas resoluciones pueden ser apeladas por ambas partes— se resolverán muchas cuestiones de admisibilidad de pruebas materiales y testimoniales, etc. Sin embargo, sólo resuelve parcialmente el problema. A lo largo del juicio oral, es probable que surjan muchas cuestiones relacionadas con estas resoluciones. Un abogado le hará preguntas al testigo que la contraparte estimará inapropiadas. Se pueden presentar pruebas recién encontradas, cuya admisibilidad debe resolver el juez. Se harán continuamente mociones por comentarios fuera de lugar por parte de los testigos o del abogado que se deberán decidir en ese momento. El acusado puede decidir a última hora declarar en su defensa, lo que puede desencadenar múltiples controversias sobre la admisión de pruebas que se habían excluido. Ambas partes pueden proponer instrucciones y solicitar al juez que se las haga al jurado. Etcétera.

El asunto es que la dinámica de cualquier juicio oral complicado requerirá muchas decisiones del juez que no pueden ser anticipadas en la audiencia preliminar. La acusación carga con una situación en la que el juez tiene la última palabra en casi toda resolución que favorezca la absolución, pero sólo la primera palabra en decisiones que favorecen a la acusación. Los errores procesales cometidos por el juez que son favorables al acusado, además de ser irrevocables, no tienen costo alguno para éste, mientras que cualquier error procesal que pueda cometer y que le sea favorable a la acusación está sujeto a revisión y corrección. Sería sorprendente si esta diferencia no influ-

yera para desviar a los jueces a resolver erróneamente a favor del acusado. Evidentemente, si la política pública del sistema de apelaciones fuese simétrica tales tendencias desaparecerían.

3. AUTOCORRECCIÓN Y APRENDIZAJE DE NUESTROS ERRORES

Hasta aquí he argumentado que enfrentamos responsabilidades epistémicas importantes que surgen del hecho de que los procesos de apelación sólo analizan las formas en que las condenas pueden ser resultado de errores. He afirmado que anualmente pudieran eliminarse muchas absoluciones falsas si se permitiese la revisión de las absoluciones. Estamos cometiendo más errores de los necesarios y éstos pudiesen corregirse sin comprometer la obligación de preservar de un modo aceptable la proporción de las absoluciones verdaderas a las condenas falsas. Sin embargo, hay un problema más profundo en la asimetría del proceso de apelación relacionado con la capacidad de los tribunales para aprender a largo plazo cuándo las prácticas actuales fracasan en promover los veredictos correctos.

Imaginemos por un momento al sistema de justicia penal como un modelo de sistema de investigación. Este consiste en reglas bien elaboradas y procedimientos barrocos que crean un entorno sumamente estructurado que supuestamente tiene como objetivo la averiguación de la verdad sobre cuestiones de gran importancia. Concebido así, podemos identificar muchas semejanzas de éste con otro gran sistema social de investigación: las ciencias naturales. La ciencia tiene sus métodos, el derecho penal tiene sus procedimientos. La ciencia tiene sus reglas para la evaluación de teorías y el diseño de experimentos, el derecho procesal penal tiene sus reglas probatorias y estándares de prueba. En el ámbito científico se presupone que la llamada hipótesis nula¹⁰ es sólida hasta que haya sido refutada: en el ámbito jurídico penal se tiene la presunción de inocencia, que de igual forma debe ser derrotada para poder sacar conclusiones positivas sobre la culpabilidad del acusado.

Una característica fundamental de cualquier sistema de investigación es que es un trabajo en progreso. Las propias reglas que el sistema va adoptado

¹⁰ *N. de los TT.*: En la contracción de hipótesis estadísticas, la llamada «hipótesis nula» o *H0* (*null hypothesis*) es una hipótesis que se presume verdadera a los efectos de someterla a test que pretenden *refutarla*, con los datos observados o provenientes de cierto experimento, en contraste con una hipótesis alternativa. Típicamente, es la hipótesis de que un cambio o intervención no produce efectos, o que no hay diferencias en los resultados entre el tratamiento de un grupo y del grupo de control.

deben ser constantemente revisadas, precisamente porque las actuales pueden ser poco adecuadas para alcanzar los objetivos anhelados. Al igual que se desarrollan los métodos de la ciencia y los científicos descubren modos en los que los métodos actuales fallan en la búsqueda de la verdad, las reglas probatorias y el procedimiento en el derecho se desarrollan y las autoridades jurisdiccionales aprenden cómo tales reglas algunas veces nos llevan a cometer errores o funcionan como obstáculos para los fines para los que fueron establecidas.

Sería útil distinguir dos cuestiones muy diferentes que suceden durante el proceso de apelación. Por un lado, el sistema de apelación debe identificar y rectificar errores concretos en casos particulares, donde el término «error» generalmente significa una anomalía en el seguimiento de las reglas probatorias o el procedimiento vigente. Podemos describirlo como un sistema que aprende de sus errores. Al mismo tiempo, la maquinaria del proceso de apelación permite a la judicatura aprender desde sus errores. Es decir, los tribunales gradualmente advierten que entre las reglas procedimentales y probatorias vigentes hay algunas que obscurilizan la búsqueda de la verdad. Tales descubrimientos exigen rápidas emiendas en las propias reglas. Estas dos son funciones muy diferentes y es de gran importancia ser conciente de ambas. Esta dualidad de funciones puede parecer paradójica. Por un lado, los tribunales de apelación buscan asegurar que los tribunales inferiores sigan escrupulosamente las reglas vigentes; mientras que, por otro lado, esos tribunales superiores deberán estar permanentemente alertas sobre cómo las reglas vigentes — que deben hacer cumplir — son deficientes. Pero esta paradoja, si es que lo es, no es exclusiva del sistema de justicia penal. Es una parte central de toda empresa o actividad que ésta seriamente comprometida con la idea de que es posible aprender de los propios errores y que se debe hacer.

Hace más de un siglo, el filósofo americano Charles Sanders Peirce afirmó que todo sistema de investigación sobre cuestiones empíricas que fuese sólido y no dogmático debería incluir mecanismos que permitieran a los investigadores descubrir ambas clases de error. Cuando Peirce se refería a los errores, no sólo, y tampoco principalmente, aludía a determinadas conclusiones erróneamente alcanzadas por la aplicación de los métodos o las reglas implicadas. Por el contrario, Peirce pensaba que un sistema de investigación debería permitir sistemáticamente, en el transcurso del tiempo, descubrir aspectos en los que las reglas que lo rigen resultan deficientes o inadecuadas, es decir, cómo éstas frustran la búsqueda de la verdad acerca de los objetos o procesos bajo investigación.

En el caso de la ciencia, interés principal de Peirce, esto significa que toda investigación debe estar constituida de manera que sea capaz de descu-

brir si sus reglas o métodos vigentes favorecen la búsqueda de la verdad o si, por el contrario, éstos son a menudo responsables de la generación de creencias falsas. Mantiene también que una de las grandes virtudes de la ciencia era el hecho de ser un sistema capaz de descubrir cuándo las reglas sistemáticamente conducían al error. Al descubrir tales procedimientos engañosos y modificarlos, Peirce decía que los científicos de hecho estaban continuamente aprendiendo cómo aprender. Las reglas del método científico, para él, no eran mandatos grabados en piedra, sino una serie de conjeturas fallibles sobre la mejor forma de investigar la naturaleza. Dada la existencia de varios mecanismos de retroalimentación en la ciencia, podemos descubrir cuándo tales conjeturas nos están llevando por un camino equivocado y, entonces, cambiarlas por unas mejores. La tesis de Peirce era que en un sistema de investigación ideal no sólo estamos aprendiendo de errores específicos cometidos en la aceptación o el rechazo de una hipótesis concreta. Más importante es que aprendemos cómo las reglas que constituyen la anatomía de la investigación fallan en ser las mejores. Para Peirce, esta autocorrección era una condición necesaria para evaluar si un sistema de investigación era genuinamente empírico. Siguiendo esto, debemos preguntarnos si el sistema jurídico exhibe el tipo de autocorrección que Peirce tenía en mente. Con esta serie de cuestiones en mente, me centraré específicamente en la lógica del sistema de apelaciones.

Los sistemas jurídicos como el estadounidense permiten la apelación de condenas. Esto significa, evidentemente, que habitualmente a los tribunales superiores se les presentan diversas situaciones en las que un sujeto afirma haber sido erróneamente condenado. En una versión simple, la discusión de una apelación termina en la determinación de los tribunales superiores sobre si las reglas vigentes fueron meticulosamente observadas en un juicio concreto. Bajo esta versión, al conocer las apelaciones que se les presentan, los tribunales superiores están preocupados principalmente por descubrir si las vigentes reglas probatorias y el procedimiento fueron meticulosamente observados en el caso en cuestión.

Sin embargo, en el proceso de apelación no es todo lo que pasa, y ni siquiera es la cuestión más importante. Como la historia de la jurisprudencia estadounidense claramente revela, cuando los tribunales superiores aceptan una apelación no están simplemente decidiendo si un caso determinado se llevó y decidió de conformidad con las reglas vigentes. De la misma forma, estos tribunales buscan y, algunas veces, identifican formas en las que esas reglas conducen a condenas erróneas, lo que es más importante que lo anterior. Al descubrir que las reglas existentes continuamente llevan a condenar a supuestos inocentes, los magistrados de los tribunales de circuito y de la Corte Suprema frecuentemente proponen reformas a las reglas vigentes y a los procedimientos con el fin de hacerlos menos propensos a conducir al

tipo de errores que ellos desde su escritorio observaban que suceden regularmente. Este es precisamente el tipo de mecanismo de retroalimentación que PERCE tenía en mente cuando se refería a los auténticos sistemas de investigación. Uno aprende de sus propios errores y no sólo de los errores que se han cometido, sino también de aquellos cuya ocurrencia es más probable dado el uso de ciertas reglas y procedimientos que están en sí mismos abiertos a revisión y modificación. Esto realmente es aprender a aprender.

Sin embargo, en el ámbito jurídico, a diferencia del científico, el aprendizaje indudablemente es parcial. El sistema está constantemente revisando condenas potencialmente erróneas, determinando sus causas y proponiendo o ajustando algunas reglas para reducir la probabilidad de condenas erróneas en el futuro. Esto indudablemente es positivo, pero no necesariamente es absolutamente positivo, ya que modificar las reglas con el fin de reducir las condenas erróneas nos podría llevar a establecer nuevas reglas que produjeran muchas más absoluciones falsas de las que produce el sistema actual. Un sistema de investigación realmente autocorrectivo podría identificar rápidamente tales cambios retrogrados, pues se revelarían en el aumento de absoluciones falsas. Sin embargo, cuando sólo se permite apelar las condenas, no existe un mecanismo de retroalimentación para descubrir si una modificación en las reglas (con el objetivo de proteger al inocente de las condenas falsas) inadvertidamente genera un aumento en la probabilidad de las absoluciones falsas.

Obviamente, un proceso de apelación asimétrico no sólo hace más probable la identificación de las causas de las condenas falsas que de las absoluciones falsas; también es más probable que introduzca nuevas reglas o revisiones a las antiguas reglas que, mientras reducen la frecuencia de condenas falsas, produzcan un incremento en la frecuencia de las absoluciones falsas. Si se tienen dudas al respecto, pensemos en el efecto de la regla *Miranda* introducida en la década de 1960. El tribunal del caso *Warren* estaba convencido de que las antiguas reglas sobre las confesiones — básicamente variantes en la noción de voluntariedad — conducían ocasionalmente a la admisión de confesiones falsas y, con ello, también ocasionalmente producían condenas falsas. Bajo el régimen *Miranda*, como se vio en el capítulo VII, la frecuencia de las absoluciones falsas se ha incrementado significativamente, aunque no está claro si *Miranda* también ha reducido las condenas falsas en algún grado significativo.

Hay un segundo problema que, aunque relacionado con esto, es diferente. Dada la asimetría en las apelaciones, no existe un proceso equiparable para el aprendizaje sobre las reglas que conducen a absoluciones erróneas. Sus causas continúan siendo un misterio. Dada la falta de revisión judicial de las absoluciones, los jueces no tienen otra cosa a que recurrir, más allá

de la mera costumbre, para decidir si las reglas existentes podrían ser modificadas para disminuir la probabilidad de las absoluciones falsas. Sin un examen sistemático de los casos que terminan en absoluciones, únicamente podemos tener alguna intuición respecto a la frecuencia de tales errores o de que reglas probatorias vigentes pueden estar ocasionando que se cometan ese tipo de errores. En resumen, tenemos mucha menos información de la que deberíamos respecto de las causas de las absoluciones falsas y también falta un mecanismo permanente para averiguar si una modificación a tales reglas incrementa su frecuencia.

4. LA CORRECCIÓN DEL ERROR VS. LA CORRECCIÓN DEL «ERROR»

Hasta ahora en nuestro análisis sobre las estrategias de apelación hemos asumido (como prácticamente todo aquel que discute este tema) que su función principal es la detección de errores y que, a pesar de la asimetría del actual procedimiento de apelación, el sistema es capaz de descubrir muchos veredictos falsos, concretamente, condenas falsas. Ahora es tiempo de cuestionar este supuesto.

Tal como he estado usando el término «error» a lo largo del libro, éste hace alusión a un veredicto — o cualquier otra resolución dictada en una investigación penal — que es falso o que es inválido. Si pudiéramos identificar este tipo de errores que el sistema comete, evidentemente sería una muy buena cosa. Eso debería intentar hacer la apelación judicial. Sin embargo, los tribunales trabajan — en la práctica si no es que también en la teoría — con una noción muy diferente de error. Para ellos, como lo discutimos en el capítulo I, se comete un «error» cuando una regla probatoria o del procedimiento ha sido violada en una investigación penal y cuando esa infracción parece haber jugado un rol en la condena de un acusado. En pocas palabras, cuando los tribunales de apelación buscan un «error» normalmente están buscando instancias de reglas infringidas. Si las encuentran y las consideran dañinas, anularán la condena.

Sin embargo, es necesario reflexionar sobre si encontrar pruebas de la infracción de una regla es un buen indicador de la falsedad de un veredicto condenatorio. Como ya se ha dicho en muchas ocasiones, muchas de las reglas vigentes que regulan el proceso penal y la investigación de los hechos no favorecen a la averiguación de la verdad. Algunas de ellas son neutrales en esto. Otras, como se ha argumentado, indudablemente obstruyen la averiguación de la verdad. Si los tribunales deciden que la forma en que se llevó a cabo un concreto proceso infringió cualquiera de estas reglas y lo

anulan ordenando uno nuevo. La existencia de un «error» no tendrá nada que ver con el hecho de si el veredicto de culpabilidad es verdadero o falso. Peor aún, si alguien ha sido condenado (por ejemplo) debido a que el juez no ha observado una regla de exclusión que deja fuera del conocimiento del jurado pruebas relevantes, un tribunal de apelación anulará el veredicto por considerarlo «erróneo», aun cuando la infracción de la regla en cuestión probablemente proporcionó al jurado un panorama mucho más acertado de los hechos acontecidos alrededor del delito del que hubiese tenido en caso contrario.

La moraleja es que un veredicto que resulta de la infracción de las reglas probatorias o del procedimiento sólo es probable que sea un veredicto falso o inválido cuando las reglas en juego favorecen por sí mismas a la búsqueda de la verdad. Dado que muchas de las reglas actuales no lo hacen, la identificación de «errores» graves que hace un tribunal de apelación, no estará relacionada con el hecho de si los veredictos en cuestión son realmente erróneos. Esto tiene muchas implicaciones prácticas. Por ejemplo, si sabemos que aproximadamente una de cada diez condenas que han sido apeladas es revocada, podríamos inferir ingenuamente que tales datos estadísticos indican que una de cada diez condenas es falsa. Sin embargo, dado que no existe una relación entre «un proceso en el que se han infringido las reglas» y «un proceso en el que se ha dictado un veredicto falso o inválido», no hay una inferencia plausible que podamos hacer de forma fiable a partir de la frecuencia de los veredictos revocados sobre la frecuencia de las condenas erróneas. Bajo las circunstancias actuales, un veredicto anulado o revocado no es *ipso facto* un veredicto erróneo en el sentido en que hemos estado usando este término. Por el contrario, si el tipo de reglas o procedimientos a los que hemos aludido fuesen adecuados, entonces probar la infracción de tales reglas en un proceso justificaría la presunción de que se trataba de un veredicto genuinamente erróneo.

5. CONCLUSIONES

Dados los argumentos presentados en este capítulo, es difícil concluir quién es el espléndido beneficiado del principio *non bis in idem*: los acusados culpables que ganan la irrevocabilidad de las absoluciones o los jueces instructores negligentes que se encuentran con que los errores que cometen favorables a la absolución son inmunes a cualquier revisión. Con independencia de cualquier discusión que pueda plantearse acerca de quiénes son los beneficiados de esta política pública, está claro que el afectado más grave del derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito es el propio sistema de justicia, puesto que no puede eliminar muchos errores

patentes dada la imposibilidad de cualquier revisión de las absoluciones. Como he argumentado, la asimetría de las apelaciones tiene dos consecuencias previsibles:

1. Hay más veredictos erróneos en conjunto de los que habría en un sistema de apelación simétrico.
- y
2. Con el paso del tiempo, el derecho probatorio en sí mismo ha llegado a contener más y más garantías en contra de las condenas falsas, mientras que se ha hecho poco o nada para controlar las absoluciones falsas.

Podría afirmarse que, para reducir los errores, el sistema de justicia penal probablemente no podría establecer una mejor medida para corregir los veredictos erróneos que instituir la apelación de las absoluciones. Además de permitir al Estado condenar a más acusados que son genuinamente culpables, el hecho de establecer un sistema de apelación de absoluciones conduciría al derecho probatorio a favorecer más que nunca las absoluciones. Si los tribunales de apelación estuviesen continuamente enfrentando injusticias de ambos tipos, tenemos toda la razón para pensar que llegarán a resoluciones que sirvan para reducir el número total de veredictos erróneos en lugar de producir remedios que miopemente se enfocan sólo en las condenas falsas.

Finalmente, debemos recordar que la decisión de la Corte Suprema de establecer que las condenas no podían ser apeladas, en el caso *Kepler v. US* de 1904, se tomó por una estrecha mayoría de 4 de 5 votos¹⁸. Entre los disidentes estuvo el magistrado más brillante de la Corte en ese tiempo, Oliver Wendell HOLMES. HOLMES y la minoría votante argumentaron, como se ha hecho aquí, que no hay un impedimento constitucional para la apelación de una absolución y que un nuevo juicio, seguido del éxito de ésta, sería tan apropiado como lo es un segundo juicio ordenado como resultado de la apelación de una condena. Con independencia de los méritos de este argumento constitucional, está claro que la averiguación de la verdad recibió un duro golpe trascendental cuando la Corte decidió no permitir la apelación de las absoluciones.

¹⁸ *Kepler v. US*, 195 US 100, p. 133 (1904). Para una crítica detallada sobre la doctrina *Kepler*, véase Amar, 1997: 1841, 1843.

CAPÍTULO IX
MOTIVOS DUDOSOS PARA REGLAS
INADECUADAS: EL CONFLICTO
ENTRE VALORES

El objetivo principal de un proceso penal es decidir las cuestiones de hecho sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado.

Corte Suprema de los Estados Unidos de América.¹

Siempre pesan más los derechos que la fiabilidad de las pruebas.

William Pizzi (1999: 167)

El propósito indudable del derecho probatorio es la disminución progresiva de las barreras impuestas a la búsqueda de la verdad.

C. McCORMICK (1954: §18)

En los cuatro capítulos anteriores hemos visto reiteradamente cómo se ha establecido una amplia gama de reglas y procedimientos que obstaculizan la averiguación de la verdad. En muchos de esos casos, he sugerido alternativas a esas reglas que podrían ser más favorables para la averiguación de la verdad sobre los hechos delictivos. Ahora, al final de este largo

¹ *Rose v. Clark*, 478 US 570, p. 577 (1986).

experimento mental, debemos elegir entre esas reglas que promueven genuinamente la búsqueda de la verdad y sus homólogos que la obstaculizan. Si los valores epistémicos fuesen los únicos valores en juego, sería previsible la elección. Pero otros valores interferen — desde los derechos que se atribuyen a las partes de un proceso penal hasta cuestiones de imagen pública y eficiencia —, por lo que deben tomarse decisiones difíciles.

Si hemos de decidir entre las actuales reglas y algunas de mis alternativas, tenemos que abordar directamente cómo resolver los conflictos, si es que los hay, entre los diversos tipos de valores o intereses en juego. Probablemente sería de ayuda si desde el inicio reconociéramos que las razones esgrimidas para fundamentar las reglas que obstaculizan la búsqueda de la verdad anteriormente analizadas se pueden reubicar más o menos fácilmente en alguna de las siguientes cinco categorías:

1. Los intereses distributivos que pretenden reducir aún más las probabilidades de las condenas falsas.
2. Las preocupaciones acerca de la incapacidad del jurado para interpretar apropiadamente las pruebas que se le presentan.
3. La importancia de salvaguardar los derechos del acusado.
4. La necesidad de supervisar a la policía para disuadir de conductas inaceptables.
5. La conveniencia de mantener la integridad moral de los tribunales asegurando que no sean sujetos de sospecha alguna de complicidad con conductas ilegales de otros agentes del Estado.

Respecto a la primera categoría de argumentos que traslada los intereses distributivos a la evaluación de las reglas probatorias y del procedimiento, se ha explicado ya en los capítulos IV y V por qué es inaceptable llevar esos intereses a otro contexto que no sea la determinación del estándar de prueba, por lo que no diré más al respecto. En los últimos cuatro capítulos se han presentado abundantes ejemplos de argumentos distributivos del error que surgen inesperadamente siempre que los estudiosos del derecho o los jueces pretenden justificar la adopción de reglas que son poco óptimas epistemológicamente. Si aún no se han ofrecido argumentos suficientes para persuadir al lector tanto sobre la ubicuidad de estas prácticas como de lo indeseables que resultan, nada más se puede agregar al respecto para hacerle cambiar de opinión. En todo caso, cada una de las otras cuatro fuentes de conflicto con intereses epistémicos implican una discusión independiente. Tres de esas cuatro fuentes se ocupan básicamente de cuestiones morales. Y la restante, con la cual comenzaremos, está relacionada con los compromisos epistémicos supuestamente necesarios por la presencia del jurado en el juicio.

1. LA SUPUESTA INCOMPETENCIA DEL JURADO Y LAS REGLAS PROBATORIAS Y EL PROCEDIMIENTO

En todos los argumentos presentados, excepto en éste, se plantea una decisión entre la averiguación de la verdad y otros valores e intereses. En este epígrafe, no obstante, tenemos un debate que tiene lugar en gran parte en los confines de la epistemología jurídica. Como también hemos visto en reiteradas ocasiones, la idea principal es que no se debe permitir al jurado ver o escuchar ésta o aquella pieza de información relevante porque sería incapaz de valorarla adecuadamente. Consideremos nuevamente algunos ejemplos que ya hemos visto:

- El jurado no debe presenciar pruebas muy gráficas de un delito si podrían causarle un «prejuicio injusto» en contra del acusado.
- No se le debe permitir al jurado escuchar confesiones que han sido retractadas porque tiende a considerarlas como dispositivas y condenará al acusado sin más.
- Los jurados deben ser rigurosamente instruidos para que no saquen conclusión alguna del silencio del acusado, en caso contrario éstos le condenarían sólo por haber permanecido en silencio.
- De igual forma, no se debe informar al jurado que un testigo invocó su derecho a la Quinta Enmienda contra la autoincriminación o que el acusado no permitió que un testigo privilegiado testificara.
- El jurado no debe tener conocimiento alguno sobre los antecedentes penales del acusado, no porque tal información sea irrelevante sino porque podría condenarle al creer que es una mala persona.

Claramente, estos argumentos se fundamentan en una serie de hipótesis empíricas sobre la psicología de los jurados que pueden ser verdaderas o falsas. Ya se han planteado aquí argumentos para cuestionar algunos de esos casos. Por ejemplo, los estudios empíricos citados en páginas anteriores han demostrado que los jurados, incluso cuando se ha presentado ante ellos una confesión retractada, no condenan de manera automática al acusado. Es más, cuando se les permite hacer inferencias del silencio del acusado, no necesariamente condenan. No obstante, sería algo anticipado sugerir que existen investigaciones empíricas bien diseñadas que nos ofrecen pruebas sólidas sobre la corroboración o refutación de la hipótesis subyacentes a esas reglas probatorias de exclusión. Hasta que ese tipo de investigaciones estén disponibles, el presupuesto por defecto debe ser que toda prueba relevante es admisible.

Como a menudo he destacado, los tribunales no fomentan que se lleven a cabo investigaciones empíricas sobre tales cuestiones. Entonces, no está

muy claro si algún día tendremos las pruebas oportunas para decidir si estas preventivas restricciones para el acceso del jurado a pruebas relevantes son necesarias. Al respecto, considero que una combinación de instrucciones del juez y los argumentos de los abogados respectivos puede ser suficiente para advertir al jurado sobre las falacias evidentes que se asocian a este tipo de pruebas. Pero si las investigaciones empíricas mostraran que estas medidas son insuficientes o si simplemente asumimos, sin tener evidencia que demuestren lo contrario, que son insuficientes, entonces esto nos debería advertir sobre la conveniencia epistémica de tener juicios orales seguidos ante jurado. Si es realmente cierto que un juicio con jurado exige la exclusión de muchas de las pruebas relevantes, entonces debemos repensar la conveniencia de los juicios seguidos ante un jurado.

Mi preferencia personal — sin tener información fiable sobre la psicología de los jurados — sería fortalecer antes que debilitar las facultades del jurado. Creo que esto incrementaría las probabilidades de que la decisión del jurado sea tan racional como pretendemos que sea. Lo que tengo en mente puede ser mejor entendido si comparamos un jurado moderno con uno antiguo. Los británicos han empleado el juicio por jurado como un instrumento para resolver los casos penales desde al menos el siglo XIII. Durante la mayor parte de ese tiempo, el jurado ha sido tanto activo como sólido. Un jurado británico antiguo normalmente escuchaba el testimonio de aquellos testigos que habían presenciado el delito. Realizaba sus propias investigaciones, muchas veces incluso entrevistaba fuera del juzgado mismo. El jurado era a la vez el principal conocedor de los hechos delictivos, el intérprete del derecho relevante aplicable al caso y el juzgador de los hechos que resolvía la culpabilidad o la inocencia del acusado. Los jurados podían interrogar a quienes ellos querían (incluido el acusado) y preguntarle cualquier cuestión que considerara relevante.

A partir del siglo XVIII, el deterioro empezó con el incremento de fiscales profesionales y abogados defensores. Los jueces empezaron a insistir en que la interpretación del derecho relevante aplicable al caso era su función y no de los jurados. Los fiscales y los abogados defensores conspiraron para quitarle al jurado todas sus funciones de investigación independiente. Se empezó a concebir que un jurado ideal sería un individuo que, en lugar de tener algún conocimiento sobre los hechos delictivos y sobre las personas involucradas en el caso, ignorara totalmente tales cuestiones. Los jurados ya no tenían la libertad de cuestionar al testigo en el juzgado ni fuera de él. Tampoco podían citar a los testigos para que compareciesen ante ellos.

Posteriormente, a inicios del siglo XIX, se desarrolló todo un conjunto de reglas jurídicas y costumbres relacionadas con todas las cuestiones probatorias. Tales reglas eran muy explícitas sobre el tipo de testimonios que el

jurado podía escuchar (por ejemplo, no podía escuchar los testimonios de oídas); quiénes podían rendir testimonio (se extendieron los privilegios a los empleados y a los empleadores del acusado, así como a los miembros de su familia y el propio acusado tenía prohibido declarar bajo juramento en su propio nombre); qué tipos de pruebas materiales podían presentarse ante el jurado, etc. Los jurados empezaron a ser instruidos (como hasta ahora normalmente sucede) respecto a que no podían discutir entre ellos el caso sujeto a decisión sino hasta después de la recapitulación hecha por el juez de todos los argumentos en juego. El jurado no podía practicar ninguna prueba, no podía consultar bibliografía de referencia ni tomar notas durante el juicio.

En suma, se convirtió al jurado en un órgano inerte, despojado de sus facultades de investigación e interrogación, se afirmó firmemente que debería decidir las cuestiones de hecho y no las de derecho (que se volvieron territorio de los jueces) y que sería blindado por las reglas probatorias para ver o escuchar muchas de las pruebas relevantes para el caso en cuestión. El jurado se vio sujeto a complicadas instrucciones hechas por los jueces sobre el derecho aplicable y sobre cómo deberían deliberar. Así, se les daban ciertas presunciones obligatorias para «ayudarles» a hacer sus inferencias. Además, también se les exigía que ignoraran determinados objetos de prueba o que eliminaran de su memoria ciertos testimonios que habían escuchado.

Las cosas siguen fundamentalmente así. Aun cuando se han relajado algunas reglas probatorias y el jurado puede conocer un poco más sobre el caso a resolver de lo que hubiese podido conocer en el siglo XIX, también es cierto (y deprimente) que la jurisprudencia del siglo XX ha creado muchos obstáculos nuevos (sobre todo la regla de exclusión, los derechos establecidos en el caso *Miranda* y la prohibición de hacer cualquier inferencia a partir del silencio del acusado).

Si por un momento pudiéramos observar desde afuera el contexto jurídico, sería fácil ver como el sistema se ha convertido en algo artificial y anquilosado. El sistema jurídico, después de todo, no es la única institución social cuyo objetivo principal es la búsqueda de la verdad. Imaginemos intentar realizar con el modelo jurídico investigaciones científicas o de ingeniería. Ya que nos hemos centrado en la figura del jurado, intentemos imaginar concretamente que se les dice a los científicos que trabajan en la solución de un problema (por ejemplo, «¿es probable que la trayectoria de este asteroide lo haga colisionar con la tierra?») que sólo tendrán acceso a un subconjunto de todas las pruebas relevantes disponibles. Aún más, que no pueden cuestionar a aquellos que pueden otorgarles información relevante. Que ellos no podrán recolectar ninguna prueba o pedir que se recolecte y tampoco podrán consultar fuentes externas. Que tampoco pueden comentar entre sí los argumentos a favor y en contra sino hasta que hayan escuchado la argumentación

completa presentada por sus colegas, etcétera. Nadie podría esperar que un sistema construido bajo esos lineamientos fuese eficiente, fiable o duradero. Es más, ningún científico o ingeniero respetable aceptaría participar en tal farsa. Dirían, sin excepción, que así evidentemente *no* se determinaría la trayectoria del asteroide.

Por supuesto, hay diferencias relevantes entre el caso científico y el jurídico; evidentemente los jurados, a diferencia de los científicos y los ingenieros, no son expertos en conducir investigaciones o en realizar inferencias complejas a partir de datos confusos. Concedido todo eso, sígo dudando de la conveniencia de ocultar, en la medida en que actualmente lo hace el sistema jurídico, hechos relevantes a los jurados. En lugar de permitir que el jurado decida si una confesión retractada fue coaccionada o si está corroborada, normalmente le adscribimos esa función a un juez. En lugar de permitir que el jurado valore libremente el silencio del acusado o su invocación del derecho a la autoincriminación o de cualquier otro privilegio, se ha dispuesto que el jurado ignore estos acontecimientos o (respecto al silencio del acusado) se le instruya explícitamente para que no le asigne ningún valor a este hecho. En el despacho privado del juez o en la audiencia preliminar, los jueces y los abogados debaten arduamente sobre las pruebas que el jurado debe ver, los testimonios que escuchará y las instrucciones que se le debe dar.

Durante este proceso, por supuesto, los jurados son tratados como sujetos poco racionales, incapaces de valorar (por ejemplo) una confesión de dudosa autenticidad o determinadas piezas de información que pueden ser menos inculpatorias de lo que parecen a primera vista. Como Mirjan DAMASKA (1997: 96) ha observado, «la pasividad *total* del paradigmático juzgador de los hechos — el jurado — angloamericano está muy lejos de una estructura epistemológica ideal».

Es importante añadir que, además de no permitir al jurado escuchar muchas de las pruebas relevantes, la acusación también tiene prohibido articular varias verdades frente al jurado. Por ejemplo, entre las aún no mencionadas anteriormente, la acusación no puede hacerle saber al jurado que las pruebas del Estado «no han sido refutadas» dado que esto puede hacer caer en la cuenta del silencio del acusado². La acusación no puede preguntar si el acusado o algún testigo fueron sometidos, o están dispuestos a someterse, a un detector de mentiras. Tampoco puede decir el hecho evidente de que la declaración del acusado, cuando se ha otorgado al final del juicio oral, pudo haber sido adaptada para que concordase con el testimonio de otros testigos³. En los juicios por asesinato, la acusación no puede informar al

jurado que vendrá posteriormente la revisión de la condena y la sentencia de un tribunal superior⁴. Parece pues que no pueden confiarse estos sensibles hechos al jurado. Algunas de estas prohibiciones no sólo aluden a cuestiones verdaderas sino que son tan obvias que cualquier jurado despierto puede verlas por sí mismo. Y, aun cuando precisamente esto disminuiría el apremio de permitir a la acusación decirlo abiertamente, no contradice el que sea inadecuada la represión a decir la verdad.

A estas alturas el lector ya debería haber notado la ironía de un sistema que enaltece las virtudes de los juicios ante jurado así como la «garantía de integridad» de nuestro sistema de justicia, mientras a su vez argumenta que los jurados son demasiado estúpidos, ingenuos o ignorantes como para confiar en que son capaces de valorar argumentos complejos, pruebas subversivas o prejuiciosas, confesiones de procedencia incierta, etc. Nuevamente citando a DAMASKA (1997: 29), «uno esperaría un proceso judicial que enaltece como juzgadores de los hechos a principiantes amateur suponiendo su capacidad intelectual y emocional para el trabajo». Esta ironía se ve agravada por el hecho de que, a pesar de tratar a los jurados como si fuesen unos tontos que se impresionan fácilmente, luego se ignora esto y se trata a sus veredictos como si hubiesen sido escritos en piedra. Los jurados no tienen la obligación de fundamentar sus veredictos. Los tribunales de apelación raramente anulan la decisión fáctica de un jurado, sin importar lo inválidas que sus inferencias parezcan ser. Más rotundamente, la absolución de un jurado es literalmente la última palabra, aun cuando haya resultado de la incompetencia del jurado o de su manipulación o si (lo que sucede más comúnmente) se deriva de reglas que restringen drásticamente el acceso a pruebas relevantes. Todo esto, a su manera, es tan objetable como el hecho de que el jurado antes de dictar su veredicto sea tratado con tanta condescendencia.

2. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ACUSADOS

En diversas ocasiones mi análisis se ha enfrentado al hecho de que ciertos derechos, especialmente los derechos del acusado en un proceso penal, ponen serios obstáculos a la averiguación de la verdad. Siempre que he podido alejarme afortunadamente de este espinoso tema, lo he hecho prometiendo que en algún momento regresaría a él. Este momento ha llegado.

El primer punto a destacar — dado que llegados aquí aún es posible que no sea obvio — es que muchos de los derechos de los acusados otorgados por la

² *US v. Skanahler*, 758 F.2d 43, p. 44 (1985).

³ *Connecticut v. Casidy*, 672 A.2d 899 (1996).

⁴ *Caldwell v. Mississippi*, 472 US 320 (1985).

Constitución o por los tribunales sirven, sin duda, a los fines epistémicos. El derecho a tener un abogado, a hablar en defensa propia, a confrontar a quienes están acusando, a conocer la información exculpatoria que la acusación pudo no haber revelado, a ser juzgado en audiencia pública, a apelar la condena, a presentar testigos y a saber de qué exactamente se le acusa, no constituyen políticas públicas problemáticas para un epistemólogo del derecho. Aunque éstos no fueran derechos reconocidos, tendríamos argumentos epistémicos importantes para incluirlos en las reglas procedimentales penales.

Otros derechos son en gran parte epistemológicamente neutrales, por lo que no son problemáticos para alguien comprometido con la búsqueda de la verdad. El caso más obvio es el derecho a ser juzgado por un jurado (suponiendo, tal como he argumentado, que no interpretamos las debilidades del jurado de forma tan amplia que terminen convirtiéndose en pretextos para excluir determinadas pruebas). Otros ejemplos pueden ser el derecho a que el acusado ejerza de abogado de sí mismo, el derecho a ser juzgado con el estándar «más allá de toda duda razonable» y, en la jurisdicción federal, el derecho a solicitar un auto de procesamiento dictado por el gran jurado (*grand jury indictment*) en lugar de esperar a que un juez resolviera que el acusado debe enfrentarse a un juicio oral (a menudo conocido como «*information*»).

La categoría de derechos más difícil es aquella conformada por derechos que (al menos en su interpretación ortodoxa) constituyen serios obstáculos, algunas veces incluso graves, para llegar a veredictos correctos. En ésta se incluye el derecho al silencio (y a que el jurado desconozca este hecho), el derecho a excluir testimonios privilegiados dadas ciertas relaciones personales del acusado, el derecho a que las absoluciones no sean apelables, el derecho a solicitar la exclusión de pruebas que hayan sido obtenidas como resultado de la violación de otros derechos en un registro e incautación y el derecho de un testigo a evitar un testimonio auto-incriminatorio.

La pregunta que debemos responder ahora es cómo resolver la tensión entre los valores o intereses asociados con la búsqueda de la verdad y aquellos pensados para salvaguardar la dignidad humana, la privacidad y, en general, para el respeto a las personas. Hasta donde soy capaz de ver, no hay una solución unánime para este problema. Aunque sí existen algunas soluciones para algunas de esas cuestiones problemáticas. Una vez que hemos discutido en el capítulo VIII el derecho a que las absoluciones no sean apelables, la discusión aquí se centrará en los derechos referentes a la exclusión de pruebas obtenidas en registros e incautaciones ilícitas y en el derecho a permanecer en silencio.

Consideremos el argumento de que las pruebas relevantes obtenidas en registros e incautaciones en alguna propiedad del acusado en las que se han violado sus derechos, deben ser excluidas del proceso precisamente porque

tales incautaciones violan los derechos del acusado. Concedamos, de inicio, que el acusado — como cualquier otro sujeto — tiene derecho a que sus bienes no sean registrados e incautados en ausencia de una causa fundada o de una orden de registro. La constitución estadounidense establece claramente que todo ciudadano goza de este derecho: sin embargo, no establece nada respecto a cuál es la consecuencia jurídica apropiada cuando se viola el derecho de alguien acusado de un delito. La mejor solución jurídica para esta violación de los derechos del acusado, ¿es la exclusión de pruebas relevantes en un proceso penal en su contra?

Evidentemente existen otras soluciones jurídicas — las mismas que tiene cualquier otro ciudadano cuyos derechos a la propiedad y a la privacidad han sido violados —. El acusado puede presentar una demanda civil en contra de la policía, solicitando la compensación de daños por la violación de sus derechos. Si la violación en cuestión conlleva una infracción a la ley (por ejemplo, un registro ilegal), se pueden presentar cargos penales y reclamar también en un juzgado civil tanto los daños y perjuicios como la indemnización compensatoria. Lo que no está claro es por qué los tribunales consideraran que el derecho del ciudadano (por ejemplo) a no ser molestado en su propiedad sin una orden de registro o sin una causa fundada, implica un derecho adicional a la exclusión de pruebas inculpatorias obtenidas mediante conductas que violen tales derechos. Son dos cuestiones completamente diferentes. Recordemos además que los tribunales permiten que las pruebas obtenidas mediante la violación de derechos sean usadas para cuestionar la fiabilidad del acusado cuando éste opta por declarar. Todo esto supone ya que los tribunales consideran que el acusado no tiene un derecho incondicional a la exclusión de este tipo de pruebas. Dado que el resto de vías jurídicas posibles — tanto civiles como penales — probablemente son más disuasorias de las invasiones indeseables a la propiedad y a la privacidad por parte de la policía, que no la exclusión de pruebas, las reglas de exclusión parecen cobrarse un innecesario e inaceptable altísimo precio epistémico. En un caso de 1954 la propia Corte Suprema enunció este mismo punto:

Parece... que no falta solución jurídica si hay violación de un derecho constitucional en esta instancia sin alterar la condena justificada de este [acusado]. Si los oficiales han privado deliberadamente a un ciudadano de los Estados Unidos del derecho o privilegio garantizado por la Decimocuarta Enmienda, es decir, el derecho a estar seguros en su propiedad en contra de allanamientos arbitrarios... su conducta puede constituir un delito federal bajo el 62 Stat. 696, 18 USC. (Supp. III) § 242)⁵.

⁵ *Price v. California*, 347 US 128, pp. 137-138 (US 1954). El citado estatuto provee «que cualquiera que, con apariencia de legalidad bajo cualesquier ley, estatuto, decreto, regulación o

El argumento es actualmente tan válido como lo fue hace medio siglo. La reparación de esta violación constitucional puede garantizarse sin necesidad de excluir pruebas relevantes.

¿Qué pasa con el derecho al silencio y su popular corolario *Griffin*, por el cual un jurado debe ignorar completamente el silencio del acusado? Quizá el lector recordará un largo fragmento citado en el capítulo V del magistrado GOLDBERG en donde insiste que el derecho al silencio se fundamenta sustancialmente en un derecho más básico, el derecho a la privacidad. GOLDBERG se refiere al «enclave privado» dentro del cual el Estado no debe entrar, ni siquiera cuando el interés de por medio es esclarecer unos hechos delictivos. Él insiste en que «nuestro respeto por la inviolabilidad de la personalidad humana» lo exige. Según esta forma de pensar, todo lo que hay en la mente de un individuo, lo que sabe, le pertenece exclusivamente y tiene un derecho incondicional a guardar sus pensamientos para él. El hecho de forzarlo a testificar o permitir que el jurado en modo alguno infiera de dicha negación su culpabilidad, entonces declarar sería — dice el juez GOLDBERG — una invasión injustificada a la privacidad del acusado.

Éste es un argumento constitucional extravagante, tanto en su dimensión moral como en su dimensión constitucional. Para empezar, seguramente los constituyentes originarios no reconocieron un derecho absoluto a la privacidad, al menos no cuando está en juego un proceso penal. Además, el propio sistema jurídico generalmente no opta por permitir que los individuos aleguen un enclave privado protegido de la búsqueda de la justicia. Por ejemplo, cuando la policía puede fundamentar las sospechas que tiene sobre un sujeto, puede obtener una orden que obligue al sospechoso a permitir el acceso a sus posesiones, incluidos sus documentos privados, estrados de cuenta, videos personales o al disco duro de su ordenador. La policía puede grabar sus conversaciones tanto telefónicas como las que tiene personalmente con sus informantes y, también, puede interceptar sus correos electrónicos. Cuando se tiene una causa fundada, la policía puede solicitar al acusado muestras de su sangre, sus huellas dactilares, el análisis de sus cabellos y de sus ropas, así como pruebas caligráficas. La policía le puede solicitar que comparezca en una rueda de identificación de voz o de apariencia física. También pueden solicitar, si se considera relevante, que un fotógrafo oficial tome fotografías de los órganos sexuales del acusado. Si una persona ha plasmado sus pensamientos en papel (por ejemplo vía correspondencia con su pareja) o se los ha dicho a sus amigos, quienes pueden ser citados a comparecer, esto también

consumbre, sometiera de lleno a cualquier habitante de cualquier Estado a la privación de cualquier derecho, privilegio o inmunidad garantizada o protegida por la constitución de los Estados Unidos, será multado o detenido».

se considera legítimo o justo. Al respecto, David Dolinko (1986: 1109) se cuestiona, «¿por qué presuponemos que una persona que se ve jurídicamente obligada a revelar información personal incriminatoria sufre un daño en su privacidad diferente en grado o en calidad a aquel daño que sufriría si alguien más revelara la misma información?». No hay ninguna respuesta más que la apelación a ese «coto privado».

Sin embargo, lo que termina derrumbando el argumento de GOLDBERG sobre la privacidad es la manera en que el sistema de justicia trata, a diferencia de los acusados, a los testigos. Si se considera que un sujeto tiene conocimiento sobre los hechos delictivos, éste puede ser requerido para que comparezca a declarar todo lo que sabe. Cuando éste comparece a juicio, puede ser interrogado respecto a su conocimiento sobre los sucesos alrededor del delito. A él no se le reconoce un «coto privado». Es cierto que siempre puede invocar a su favor la Quinta Enmienda, negándose a declarar en aquellas cuestiones que puedan implicarlo en la comisión del delito. Sin embargo, el derecho del testigo a guardar silencio es un derecho superable. Si enfrentamos a un testigo que ha preferido permanecer en silencio y no cooperar «acogiéndose a la Quinta Enmienda», la acusación puede concederle inmunidad y obligarle, bajo apercebimiento del juzgado, a revelar todo. Si el sistema de justicia defiende seriamente que todo individuo tiene derecho a la privacidad de lo que conoce, estas prácticas no son adecuadas. Y aún más, la premisa básica de un proceso penal es que se buscará la verdad sobre los hechos delictivos. Para lograr tal cometido es indispensable que el jurado pueda allegarse de pruebas relevantes por medio de todos aquellos que tengan información pertinente.

La lógica de un proceso penal imparcial requiere que los testigos, tanto de la defensa como de la acusación, cuando deciden qué preguntas responder y cuáles ignorar, no puedan alegar un derecho incondicional a la privacidad. Ningún juzgado en el mundo podría permitir que un testigo eluda una pregunta pertinente acerca de su vida respondiendo que esa pregunta invade su privacidad. Si es relevante para alguna de las cuestiones debatidas en el juicio, el testigo debe responder, aun cuando ésta caiga en su «coto privado». Aun cuando su respuesta pueda avergonzarlo o humillarlo — lo que puede costarle la pérdida de su trabajo, la destrucción de su matrimonio o la activación de un acuerdo de vida o muerte hecho con el crimen organizado — no hay ningún fundamento jurídico para rehusar contestar. Como el gran estudioso del derecho, John Wigmore (1940: 2192), alguna vez comentó: «Desde hace más de tres siglos se ha reconocido como máxima fundamental que los sujetos... tienen derecho a las pruebas de toda persona». La misma Corte Suprema ha dicho reiterada y explícitamente que los testigos no pueden alegar un derecho a la privacidad. En el caso *US v. Calandra*, la Corte al respecto afirmó:

Normalmente, por supuesto, un testigo como tal no puede alegar su derecho a la privacidad... Si no goza de un privilegio de confidencialidad reconocido por el derecho, todo hombre debe testificar. Si bien puede invocar su privilegio a los derechos reconocidos en la Quinta Enmienda en contra de la autoincriminación forzada, no puede rehusar responder con el argumento de que sus respuestas podrían avergonzarse o implicar una revelación no deseada de sus asuntos personales.⁶

Inexplicablemente, GOLDBERG —y el resto de los miembros que conformaban la Corte en 1964, ya que él estaba escribiendo en nombre de todos ellos— otorgaba al acusado en un proceso penal un amplísimo derecho a la privacidad, un derecho del que no gozan el resto de los participantes. Cualquiera que haya sido el motivo para hacer esto, no puede ser que el derecho procesal penal generalmente respete la privacidad de aquellos que tienen información sobre los hechos delictivos. No.

Dada la debilidad de los argumentos de la privacidad enunciados a favor del Acusado Silencioso, podríamos cuestionarnos por qué continúa siendo parte fundamental del derecho procesal penal estadounidense. La respuesta habitual es que forma parte del *Bill of Rights*, concretamente de la Quinta Enmienda. Para muchos constitucionalistas esto es suficiente para terminar la discusión. Simplemente tenemos que vivir con ello, dirían éstos. (Por suerte, este libro no está obligado a someterse a los requisitos constitucionales, dado que su interés no radica en lo que dicen los documentos que sirven de fundamento, sino en la averiguación de la verdad como objetivo del sistema de justicia penal). Una vez dicho esto, analizaremos brevemente si la Quinta Enmienda, tal como fue entendida originalmente, tiene algo que ver con el silencio del acusado tal como es actualmente entendido. Por fortuna, muchos ilustres historiadores del derecho han estudiado este terreno en las últimas dos décadas.⁷ Lo que su trabajo deja muy claro es que los arquitectos del *Bill of Rights* no tenían la intención de establecer un sistema que permitiera al acusado evitar contar su historia y luego exigir que el jurado no tenga conocimiento de ese silencio. El lenguaje de la Quinta Enmienda parece muy claro en este punto. Todo lo que dice respecto al silencio del acusado es:

Ninguna persona... será obligada en un proceso penal a testificar en contra de sí misma...

Para entender lo que los arquitectos de ésta quisieron decir, debemos recordar que cuando se adoptó el *Bill of Rights* era muy poco común que los

⁶ *US v. Calandra*, 414 US 338 (1974).

⁷ El más conocido entre estos estudios es LEVY, 1968. Asimismo, son investigaciones fundamentales las de AMAR y LETTOW, 1995: 857; LANGBEIN, 1994.

acusados fueran representados por un abogado. Los acusados normalmente llevaban su propia defensa, contra-interrogaban a los testigos de la acusación, explicaban su versión de los hechos, respondían las preguntas tanto del juez como del jurado y del fiscal y, por lo general, defendían su caso lo mejor que podían. Si los acusados elegían permanecer en silencio, entonces no tendrían defensa alguna. El jurado en tal situación, casi con certeza, hubiese condenado, a menos que los argumentos de la acusación no hubiesen sido lo suficientemente convincentes. Los acusados, además de llevar su propia defensa, podían también decidir declarar, aunque, a diferencia de los testigos de la acusación, los acusados no prestaban su testimonio bajo juramento. Probablemente para evitar poner a los acusados genuinamente culpables en una situación en la que previsiblemente cometerían el delito de falso testimonio (y se expulsarían ellos mismos a otro enjuiciamiento), en los sistemas de *common law* la regla tradicional era que los acusados deberían declarar todo lo que sabían pero no bajo juramento. Entonces, uno de los objetivos de la Quinta Enmienda fue asegurar que los acusados no pudieran ser obligados a otorgar su testimonio *bajo juramento*. Esto, no obstante, es muy diferente de no prestar testimonio alguno.

Un motivo más importante que está detrás de la Quinta Enmienda, y que explica por qué ésta habla de compulsión o coerción, fue asegurar que la práctica de forzar la confesión de los sospechosos por medio de la tortura y la intimidación (en aquel entonces, aún común en Europa), no tuviera lugar en los procesos penales estadounidenses. Desde el inicio, la Quinta Enmienda ha sido un baluarte contra las confesiones coaccionadas. Como Albert ASCHTER (1997: 184, 185), un destacado historiador del derecho en contra de la auto-incriminación, escribe:

Este derecho en sus orígenes no fue previsto para proporcionar a los acusados un derecho a rehusar responder las preguntas de cargo. Su propósito era mucho más limitado... su objetivo era simplemente prohibir el uso de métodos de interrogación inadecuados.

Esto explica por qué el magistrado Benjamin CARDOZO, en la cita del capítulo V, argumentó que siempre que se instaren protecciones contra la tortura, el derecho al silencio puede abandonarse sin socavar los valores establecidos por los primeros constituyentes. El magistrado Oliver Wendell HOLMES hizo la misma lectura de la Quinta Enmienda: «la prohibición de obligar a un sujeto en un proceso penal a prestar un testimonio que vaya en contra de él mismo, es una prohibición de usar la coacción física o moral para obtener información de éste».⁸ En pocas palabras, el objetivo de la

⁸ *Holt v. US*, 218 US 245, p. 252 (1910).

Quinta Enmienda nunca fue otorgar al acusado un derecho ilimitado al silencio, por ello no debemos suponer que este «derecho» debe simplemente ser tomado como dado.

Incluso si presuponemos que el acusado tiene el derecho (o al menos la facultad) de permanecer en silencio tanto después de haber sido arrestado como durante su juicio, ¿es necesario comprometernos con la idea de que este derecho dejaría de ser un derecho si no hacemos lo necesario para asegurar que el jurado nunca saque inferencias adversas del silencio del acusado? El presupuesto parece ser que un derecho es un derecho sólo si no tiene posibles costos negativos asociados con su ejercicio. Con el debido respeto, no veo tal relación. Existen, de hecho, muchas circunstancias en las que el ejercicio de un derecho puede acarrear repercusiones negativas para la persona que lo ejerce. Consideremos, lo que es más importante, la contraparte del derecho a permanecer en silencio: el derecho del acusado a hablar en su defensa. Si ejerce este derecho es posible que su propio testimonio lo condene. Su testimonio también permite a la acusación presentar (lo que de otra manera no podría) pruebas sobre sus antecedentes penales, sobre su reputación general, así como las confesiones obtenidas bajo coerción.⁹ Todos sabemos que el ejercicio del derecho a guardar silencio del acusado puede acarrearle graves responsabilidades civiles en esa oportunidad de obtener la absolución. (Ésta es, desafortunadamente, la razón principal por la que muchos acusados eligen el silencio). Sin embargo, ninguno considera que esto implica que el acusado realmente no tiene derecho a hablar en su defensa. Entonces, ¿por qué debería garantizarse un costo cero para el ejercicio del derecho al silencio por parte del acusado cuando el ejercicio de su derecho a defenderse (que debería ser alentado por los tribunales) es tan costoso?

3. VIGILANDO A LOS VIGILANTES DE LA LEY

Existe la opinión generalizada (especialmente entre los jueces) de que una de las funciones importantes de los juzgados es asegurar que las actuaciones de la policía sean conforme a derecho. Bajo esa opinión, los juzgados y tribunales no sólo tienen la responsabilidad de presidir los procesos en los que se acusa a policías de haber infringido la ley (lo cual es totalmente justo), sino también de sancionar a un policía, aun cuando no sean parte del juicio en cuestión, mediante la exclusión de pruebas obtenidas en su tarea, si resulta que ha quebrantado la ley para este propósito. Es más, muchas de

⁹ La Corte Suprema en el caso *Oregon v. Hass* sostuvo que las confesiones obtenidas ilícitamente pueden ser presentadas ante el jurado con el fin de desacreditar el testimonio del acusado (430 US 714, p. 722 (1975)).

las reglas probatorias consisten en reglas de exclusión cuyo propósito específico es enviarle un mensaje de advertencia a la policía.

Tomemos en consideración, una vez más, los derechos *Miranda*. La Corte Suprema ha reconocido en más de una ocasión que los «derechos» *Miranda* no son genuinos derechos constitucionales. Sino que, según la Corte, son medidas «preventivas» diseñadas para disuadir a la policía del empleo de prácticas de interrogación inadmisibles. Exactamente este mismo análisis se aplica a la exclusión de una confesión ofrecida libremente por alguien que ha sido arrestado sin causa fundada. La confesión ofrecida, aunque esté bien corroborada y aun cuando haya sido voluntaria, será excluida, no porque el acusado goce de un derecho para excluirla (los tribunales reconocen que no lo tiene) sino porque la exclusión puede, en opinión de los tribunales, persuadir a la policía de que no deben arrestar a los ciudadanos sin tener una causa fundada. La Corte Suprema ha explicado esta doctrina disuasoria en el caso *Michigan v. Tucker*:

El propósito disuasorio de esta regla de exclusión necesariamente asume que la policía ha empleado deliberadamente, o al menos negligentemente, prácticas mediante las cuales se ha privado al acusado de algún derecho. A través de la exclusión de pruebas obtenidas como resultado de tales conductas, los tribunales esperan inculcar en esos concretos agentes de investigación, o en sus futuros homólogos, un mayor grado de atención hacia los derechos de un acusado.¹⁰

En el caso *Miranda*, y en muchos otros similares, vemos cómo las reglas probatorias se usan no para promover la corrección de los veredictos, sino como mecanismos para promover un comportamiento deseable de la policía. Esto inmediatamente incita dos preguntas: ¿la exclusión de pruebas relevantes pero que han sido incautadas inadecuadamente es una forma efectiva para corregir el mal comportamiento de la policía? Y, de serlo, ¿es suficiente para compensar los altos costos epistémicos pagados por la exclusión de pruebas incriminatorias?

Es más, quizá ni siquiera necesitamos molestarnos en plantear la segunda pregunta dado que la respuesta de la primera es probablemente negativa. Incluso los defensores más fervientes de la política pública de «Vigilar a los Vigilantes» conceden que la exclusión de pruebas es, en el mejor de los casos, una medida condescendiente e indirecta a efectos de disuadir prácticas de investigación policial inadmisibles. Después de todo, no es la propia policía quien sufre las reglas probatorias de exclusión, sino la acusación. Los agentes

¹⁰ *Michigan v. Tucker*, 417 US 433, p. 447 (US 1974).

de investigación de la policía tienden a considerar resuelto el caso cuando están convencidos de que han encontrado al culpable. Aunque el agente de policía pueda sentirse consternado cuando un jurado — con un acceso a las pruebas más restringido que el de la policía — absuelve a un sujeto que consideraba culpable, normalmente su carrera no se ve afectada de forma significativa por el hecho de que los tribunales excluyan pruebas que la policía ha recolectado. Mientras que la exclusión muchas veces puede ser un duro golpe para la acusación, para el policía es, a lo sumo, un castigo simbólico. Los tribunales algunas veces han reconocido esto. La Corte Suprema en 1954 observó estas prácticas en el mismo sentido en que las estamos analizando:

Debe recordarse que el demandante no está invocando la Constitución para prevenir o sancionar una violación de su derecho reconocido a nivel federal... para obtener una indemnización por esa violación. Lo invoca sólo para anular su condena. Esta regla de exclusión y la revocación resultante son más idóneas para demostrar que las personas están eludiendo su culpabilidad que para disuadir las invasiones de la policía en los derechos del ciudadano. El caso se termina, por lo que se refiere a la actuación de la policía, cuando anuncian que han arrestado al sospechoso. La exclusión de pruebas no sanciona la falta de un oficial, mientras que sí puede, y es probable que lo haga, poner en libertad al acusado que ha cometido el delito. Esto priva a la sociedad de su recurso contra un infractor de la ley, ya que se le dio seguimiento a otro. Esto protege a quienes se les han descubierto pruebas incriminatorias, pero no protege a las personas inocentes que son víctimas de registros ilegales pero fructíferos. El efecto disciplinario o educativo de los tribunales liberando al acusado por el mal comportamiento de la policía es muy indirecto, por lo que termina siendo, en el mejor de los casos, no más que una condescendiente medida disuasoria.¹¹

En pocas palabras, a la hora de decidir entre la exclusión de pruebas para disciplinar a la policía o la admisión de pruebas para determinar la condena de un acusado culpable, estamos evaluando un costo conocido y grave contra un beneficio incierto y probablemente modesto. Esto debería ser una decisión fácil.

4. PROTEGIENDO LA INTEGRIDAD MORAL DE LOS TRIBUNALES

Ahora vamos a la justificación más común, aunque quizá la más artificial, del carácter distorsionado de muchas de las reglas de exclusión: el su-

¹¹ *Brine v. California*, 347 US 128, pp. 136-137 (US 1954). La cursiva es mía.

puesto de que la admisión de pruebas ilegalmente obtenidas o en violación de los derechos del acusado colocaría al juzgado al nivel del delincuente mismo. La integridad judicial — que se dice es parte esencial para promover el respeto por el derecho en toda la sociedad — exige que los juzgados no se contaminen con la admisión de ninguna prueba que tenga un dejo de ilicitud o que ha sido obtenida por medios inadecuados.

En la década de 1920, los magistrados Louis Brandeis y Oliver Wendell HOLMES fueron los primeros en expresar este nuevo estándar de pureza de la judicatura. En su famoso voto particular para discrepar de la mayoría en el caso *Olmstead v. U.S.*, influyeron enormemente a esta idea. BRANDEIS, por su parte, dijo:

En un gobierno de leyes, la existencia del gobierno se pondrá en peligro si éste no observa escrupulosamente la ley. Nuestro gobierno es el maestro poderoso y omnipotente. Para bien o para mal, enseña a todos los habitantes con su ejemplo. La delincuencia es contagiosa. Si el gobierno se convierte en un infractor de la ley, genera el desacato a la ley; esto invita a todo hombre a ser su propia ley; esto invita a la anarquía.¹²

El magistrado HOLMES además agregó:

Debemos considerar los dos objetivos deseados, no podemos alcanzarlos conjuntamente, por lo que tenemos que decidir entre ellos. Es deseable que los delinquentes sean identificados y para lograr este objetivo se deberían usar todas las pruebas disponibles. Pero, también es deseable que el propio gobierno no deba incentivar y pagar por los delitos de otros cuando ellos son los medios mediante los cuales se obtienen pruebas... Tenemos que elegir y, personalmente, considero que es un mal menor que algunos delinquentes puedan escapar y no que el gobierno deba pagar una parte despreciable... Si las normas existentes no permiten ayudar a los fiscales de distrito en esa sucia tarea, tampoco autorizan al juez permitir que tales injusticias tengan éxito.¹³

Treinta y dos años después, el magistrado presidente, Earl WARREN estaría tocando el mismo tema. La exclusión de pruebas obtenidas ilícitamente, insistió, «cumple con otra función fundamental — "el imperativo de la integridad judicial"»¹⁴—. En esta sentencia de 1960, él estaba satisfecho sosteniendo que las pruebas obtenidas en un registro ilegal deberían ser excluidas para mantener limpias las manos de los juzgados. En 1968, WARREN había perfeccionado su retórica pasando de lo prosaico a lo sublime. Las

¹² *Olmstead v. U.S.*, 277 US 438, p. 485 (1928).

¹³ *Ibid.*, p. 470.

¹⁴ *Eliens v. U.S.*, 364 US 206, p. 222 (1960).

pruebas que han sido obtenidas en un registro ilegal deben ser excluidas, según afirma, porque admitirlas implicaría «el inevitable efecto de legitimar la conducta que produjo esa prueba, mientras que la aplicación de una regla de exclusión detenta la autoridad constitucional». Por si no fuese suficiente, además añadió que «los tribunales que se encuentran bajo la Constitución no pueden y no serán parte de invasiones ilegales a los derechos constitucionales de los ciudadanos»¹⁵.

Si soy excesivamente escéptico respecto al tratamiento que hace el magistrado *WARREN* se debe a que es imposible cuadrar su discurso sobre «la preservación de la integridad judicial» con los resultados de las prácticas que rutinariamente son admitidas por los tribunales, que además han sido refrendadas en innumerables ocasiones por la propia Corte Suprema y que muestran una notable indiferencia respecto a la contaminación por cuestiones de *ilicitud*. Confrontado por el dilema señalado por *HOLMES* entre: *a)* excluir pruebas relevantes si han sido obtenidas ilícitamente y, *b)* admitir tales pruebas y que el gobierno incentive los actos ilícitos mediante la aceptación de pruebas contaminadas, el sistema jurídico no opta uniformemente por *a)* en lugar de *b)*. Esto significa que los tribunales rutinariamente forman «parte de invasiones ilegales a los derechos constitucionales de los ciudadanos».

Consideremos sólo algunas de las circunstancias en las que los juzgados muestran poca reticencia a usar pruebas que han sido incautadas ilícitamente:

- Las pruebas que han sido incautadas ilícitamente por la policía a casi cualquier otra persona que no sea el propio acusado serán fácilmente admitidas como tales¹⁶.
- Las pruebas que han sido incautadas ilícitamente del propio acusado por un sujeto que no sea miembro de la policía, con toda confianza serán admitidas.
- Las pruebas que le han sido incautadas ilícitamente al propio acusado por la policía pueden ser admitidas si el acusado declara en defensa propia.
- Si el acusado es arrestado ilegalmente por la policía, aun así puede ser sometido a juicio, sin importar que está bajo custodia policial mediante un acto ilícito.

¹⁵ *Terry v. Ohio*, 392 US 1, p. 13 (US 1968).

¹⁶ La Corte Suprema en el caso *US v. Poyner* escribió: «La facultad supervisora de los juzgados federales no autoriza al juzgado a eliminar lo que de otra forma serían pruebas admisibles, con el argumento de que fueron incautadas ilícitamente a una tercera parte ajena al proceso. Bajo la Cuarta Enmienda, el interés en disuadir los registros ilícitos no justifica la exclusión de pruebas contaminadas a instancia de una parte que no ha sido la víctima de las prácticas alegadas [447 US 727 (US 1980)]».

— Los tribunales manifiestan poca reticencia a usar pruebas «contaminadas», obtenidas ilegalmente, en los procedimientos que se llevan a cabo ante el jurado de acusación y en las audiencias para escuchar el fallo (aun cuando las decisiones que se toman en éstas pueden imponer al acusado costos tan apabullantes como los asociados a una condena).

— En una audiencia preliminar ante el juez — en la que se puede dictar una orden de detención o de búsqueda y captura — el sospechoso no tiene permitido objetar la admisión de pruebas «con el argumento de que han sido obtenidas por medios ilícitos»¹⁷.

— Si un acusado que está en libertad bajo fianza, esperando a ser juzgado, viola la libertad provisional, entonces el tribunal autoriza al fiador a tomar casi cualquier medida necesaria para presentar al acusado a juicio, sin importar si tales medidas infringen la ley o son violatorias de los derechos del acusado.

Este último caso es particularmente preocupante, ya que los juzgados mismos están autorizando por anticipado la conducta ilícita en cuestión. Un ejemplo de la opinión judicial aún imperante acerca de los poderes del fiador de la fianza es la siguiente:

En cualquier momento en que decidan hacerlo, pueden aprehender [al acusado] y entregarlo a efectos de liberarse de su responsabilidad; y si no pueden hacerlo al momento, pueden encerrarlo hasta que puedan entregarlo. ... Pueden perseguirlo hasta cualquier otro Estado; pueden arrestarlo durante los días de descanso; y... para tal propósito pueden irrupir y entrar en su casa. ... El [fiador] de la fianza tiene a su deudor bajo su control; y puede usar su poder cuando quiera y entregarlo para liberarse de su responsabilidad¹⁸.

Aunque se redactó hace más de un siglo por un tribunal de distrito estadounidense, esta opinión continúa describiendo la impresionante transgresión a las leyes y la autoridad que pasa por alto los derechos del acusado habitualmente conferida por los tribunales al fiador de la fianza. Evidentemente, estas políticas públicas no conlleven que los tribunales estén asociados con dichas transgresiones, aunque los tribunales aceptarán con gusto al acusado ilícitamente aprehendido que había violado la prisión preventiva a fin de someterlo a juicio. Si estas prácticas no ponen en problemas a los tribunales, no puedo concebir por qué la admisión de pruebas ampliamente relevantes pero ilícitamente obtenidas deberían hacerlo.

Para ser claros, no estoy criticando a los juzgados por tener la política de admitir varios tipos de pruebas, sin investigar muy meticulosamente cómo

¹⁷ *Federal Rules of Criminal Procedure*, regla 5.1(a).

¹⁸ 83 US (16 Wall.) 366; pp. 371-372 (1872).

fueron obtenidas. Cualquier teoría robusta de la prueba haría lo mismo. Lo que considero problemático es la desigualdad con la que esta política es aplicada. Es como si siempre que los juzgados o tribunales lo consideren conveniente o que se correspondiese con los gustos de los jueces, éstos se montan en sus grandes corceles de moralidad y excluyen pruebas relevantes invocando la «trascendente» necesidad de proteger la imagen pública de los juzgados y tribunales y evitar mancharse de ilicitud. En otras situaciones, bastante comunes, claramente se hacen de la vista gorda cuando se cuestiona la procedencia de pruebas, encubriéndose entonces ellos mismos en la importancia de admitir información relevante.

Manifiestamente este oportunismo no tiene un fundamento en principios. Podría estarlo si, por ejemplo, los tribunales estuviesen dispuestos a pasar por alto las infracciones menores o las violaciones menores a los derechos del acusado, mientras que se da un seguimiento escrupuloso a las mayores. Esto podría verse como una respuesta proporcional respecto a cuán agravante fue la conducta policial. Pero esto no es lo que separa los casos que hemos estado examinando. Por el contrario, la forma más reproachable de ilegalidad policial es casi indiscutiblemente la de incautar no la propiedad de la persona sino la persona misma sin causa justificada. La privación de la libertad es seguramente mucho más problemática que haber sufrido sin la orden judicial respectiva, una invasión en casa o la intervención en las conversaciones telefónicas. No obstante, los tribunales habitualmente excluyen pruebas provenientes de incautaciones ilícitas o de grabaciones hechas sin una causa fundada, mientras que prácticamente nunca dejan que un acusado aprehendido ilegalmente sin causa fundada, escape de ir a juicio si hay pruebas inculpatorias considerables en su contra.

En muchas jurisdicciones estadounidenses, los juzgados luego complen las cosas insistiendo en que si John Q. Citizen, arrestado sin causa justificada, es posteriormente enjuiciado y condenado por un delito, no puede regresarse y demandar a la policía por un arresto inválido. El sistema le niega el recurso tradicional que otorga el *common law* para proteger sus derechos. Los juzgados y tribunales que avalan e implementan esta política pública son los mismos que argumentan que la exclusión de pruebas relevantes pero ilícitamente incautadas es esencial para conservar limpias las manos del sistema de justicia.

Ejemplos de este tipo claramente no resuelven el problema planteado por los dos cuernos del dilema que el magistrado Holmes describía en la cita comentada unas páginas atrás. Estos simplemente accentúan la dificultad de las decisiones que el sistema judicial enfrenta. Sospecho que, confrontados con algunos de estos ejemplos, pocos de nosotros seguiríamos el argumento purista de que el sistema judicial nunca debe ser visto como parte de

la ilegalidad. Si (por ejemplo) la policía inválidamente arresta a Jones por vagancia en las calles, y termina descubriendo que es un asesino en serie buscado, pocos sostendrían que Jones debería ser puesto en libertad, aun cuando de no ser por el arresto inválido, él no estaría en manos de la policía y los tribunales. En otros casos (el uso de tortura e intimidación por parte de la policía para asegurar una confesión), nuestras intuiciones nos harían inclinarnos al lado opuesto.

Entonces, creo que debemos rechazar la forma en que Holmes plantea el dilema. Él escribe como si tuviéramos que escoger entre seguir tenazmente valores epistémicos o mantener estrictamente la integridad de los juzgados y tribunales. Yo preferiría una solución que reconociera que se requiere un grado significativo de equilibrio, en lugar de una política pública consistente en promover un valor sobre otro. Consideremos los siguientes ejemplos:

— Respecto al silencio del acusado, podemos reconocerlo como derecho pero dejando libre a los jurados para valorar tal silencio (dando a los jurados el tipo de advertencias respecto a la sobreinterpretación discutida en el capítulo VI).

— Por lo que toca a las confesiones, podemos estipular que todas las interrogaciones a sujetos arrestados deben ser grabadas en vídeo y resguardadas. Ninguna confesión obtenida en la comisaría de la policía puede ser aceptada como prueba a menos que haya sido grabada. Los jueces pueden entonces abandonar la charrada de los test de voluntariedad y corroboración. Lo jurados pueden ver las confesiones directamente y valorar si fueron rendidas bajo condiciones inaceptables de coacción o intimidación.

— Podemos conservar el derecho a no ser sometido a un nuevo juicio después del primero, bajo el entendimiento de que el primer juicio no termina sino hasta que la última apelación relevante de la parte perdedora haya sido escuchada (sin importar que sea el acusado o la acusación).

— Respecto a las relaciones privilegiadas, podríamos conservar el privilegio a la relación abogado-cliente porque *podría* (y enfatizo el verbo modal) funcionar para promover el interés en la búsqueda de la verdad. Todas las otras relaciones privilegiadas deberían eliminarse en un mundo epistémicamente ideal, pero no me opondría enérgicamente a mantenerlos siempre y cuando se informe al jurado (y se le permita sacar libremente cualquier conclusión que le parezca apropiada) siempre que el acusado haya ejercido tales privilegios.

— Por lo que toca a las pruebas ilícitamente incautadas, el balance se vuelve más complicado. La obligación actual de excluir tales pruebas hasta que y a menos que el acusado declare —y luego eximirlo ampliamente— es una locura, en parte porque tal política disuade ampliamente el testimonio

de las personas que tienen más información sobre los hechos delictivos. Una alternativa sería conservar la exclusión de tales pruebas como tal y eliminar la doctrina del fruto envenenado, como ya se ha hecho en el caso de los derechos *Miranda*. Sigo creyendo que —dadas las otras vías para subsanar este problema (especialmente mediante demandas civiles)—, las pruebas relevantes ilícitamente incautadas del acusado deben ser admitidas, sin importar cómo fueron obtenidas—. La Corte Suprema, en una sentencia unánime de 1976, parecía coincidir en este punto:

Los costos de aplicar la regla de exclusión incluso hasta el juicio oral... son bien conocidos: el centro del juicio, y la atención de los participantes ahí, están desviados de la última cuestión sobre la culpabilidad o la inocencia, que debería ser la principal preocupación en un proceso penal. Además, las pruebas materiales que se buscan excluir son normalmente fiables y a menudo la información probatoria más útil relacionada con la culpabilidad o la inocencia del acusado.¹⁹

A pesar de esto, persiste la renuencia a hacer algo sobre este problema. Los juzgados y tribunales pudieran atemperar sus preocupaciones sobre la contaminación en este caso, enfatizando que las víctimas de registros ilícitos tienen diversas vías a través de las cuales pueden buscar su compensación y satisfacción, siempre que puedan probar que sus derechos fueron violados.

Ninguna de estas soluciones satisfará a los fanáticos de ambas partes de este debate. Quizá eso no sea tan malo. El lector puede sacar sus propias conclusiones sobre qué ventajas y desventajas son apropiadas. Lo que es indiscutible es que se dictarían menos veredictos falsos de los que se dictan en el actual sistema, mientras que los tradicionales derechos (en oposición a otros recientes e inventados por los tribunales) de los acusados permanecerían en gran parte intactos.

5. CONCLUSIONES

Hace medio siglo, la Corte Suprema intentó responder al cargo de que el derecho probatorio era un desorden:

¹⁹ *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, pp. 480-491 (U.S., 1976). Y añadieron: «La disparidad en los casos particulares entre el error cometido por el oficial de policía y el golpe de fortuna otorgado a un acusado culpable por la aplicación de la regla es contraria a la idea de proporcionalidad esencial al concepto de justicia. Así, a pesar de que la regla está pensada para disuadir la actividad policial ilícita, en parte, fomentando el respeto por los valores de la Cuarta Enmienda, si se aplica indiscriminadamente bien puede tener el efecto opuesto de generar el desacato del derecho y de la administración de justicia (pp. 490-491)».

Estamos de acuerdo con la opinión general de los juzgados y tribunales, académicos y demás profesionales en que gran parte del derecho es arcaico, contradictorio y lleno de compromisos y compensaciones mediante las cuales una ventaja irracional a una de las partes es contrarrestada por un pobremente razonado contra-privilegio para la otra parte. Pero de alguna manera ha sido probado como un sistema practicable, aunque difícil de manejar, cuando es atemperado por los controles discrecionales que están en manos de un juzgado sabio y sólido. Para eliminar una piedra deforme de la grotesca estructura es probablemente más simple alterar el balance actual de intereses que construir un nuevo edificio racional.²⁰

Esto no es más que un pensamiento ilusoriamente optimista mostrado como un sabio consejo. Nuestro gobierno es supuestamente uno de leyes, no de hombres. No obstante, la Corte Suprema nos dice que confiemos en que: el profundamente comprometido derecho probatorio y los procedimientos están bien, puesto que «están en manos de juzgados sabios y sólidos». ¿Pero cuántos de esos juzgados hay? En mi opinión, la sabiduría está más bien limitada en todas las profesiones. Uno no debe esperar más de los jueces que de cualquier otra persona. Es más, si los jueces fueran genuina y uniformemente sabios, necesitaríamos poco del derecho probatorio. Tenemos reglas sobre la prueba y el procedimiento precisamente porque no queremos confiarle la decisión de un proceso a las corazonadas intuitivas de la vejez y la sabiduría. En este pasaje, la Corte Suprema alega dejar al sistema como está. Nos pide creer que se ha desarrollado de una forma tan maravillosa que las partes aparentemente disfuncionales y contradictorias trabajan en conjunto para producir un sistema viable del que todos nosotros podemos estar orgullosos. Cualquier cambio trastornaría su delicado equilibrio. Me permito dudar al respecto.

Las *Federal Rules of Evidence* actualmente constan de sesenta y siete artículos, muchos con numerosas subcláusulas. Las *Federal Rules of Criminal Procedure* constituyen algunos sesenta artículos adicionales. La mayor parte de las primeras articulan excepciones a la regla sobre la relevancia y, por tanto, frustran la averiguación de la verdad. Muchas de las segundas imponen procedimientos que hacen más difícil de lo que debería ser para los jurados dictar veredictos válidos. Más allá de esto, hay un enorme cuerpo de jurisprudencia de los tribunales de apelación imponiendo precedentes que frecuentemente dan un giro a las reglas probatorias y al procedimiento que obstaculiza aún más la verdad de lo que la enunciación explícita de dichas reglas ya hace. En este sentido, no es sorprendente que los futuros abogados penalistas en las facultades de derecho —en lugar de estudiar los matices de

²⁰ *Michelson v. United States*, 335 U.S. 469, pp. 485-486 (1948).

la relevancia y cómo evaluarlos — aprenden con detalle cuán fácil puede ser tener pruebas relevantes excluidas.

Reterradamente la Corte Suprema ha insistido, como lo hizo en 1979, en «que la función del proceso judicial es minimizar el riesgo de las decisiones erróneas»²¹. El análisis en este libro suscita serias dudas acerca de si los juzgados y tribunales han hecho un genuino esfuerzo para poner en práctica esta loable filosofía. Donde quiera que miramos — sea al estándar de prueba, las reglas probatorias, las reglas procedimentales o la asimetría de la revisión en apelación — vemos un sistema que hace muy poco para reducir las probabilidades de decisiones erróneas.

A lo largo de este libro me he centrado en el sistema de justicia como un sistema de investigación. He intentado identificar algunas características del sistema que hacen que sea menos propenso a facilitar que la verdad emerge o para evitar el error, y he recomendado cambios en las reglas para hacerlas más aptas para encontrar la verdad. El hecho deprimido es que el análisis de las reglas probatorias y procedimentales seleccionadas ha dejado prácticamente sin mencionar muchas otras reglas y prácticas que están tan epistémicamente desviadas como las analizadas aquí. El tratamiento que hace el derecho del testimonio de oídas y del testimonio del testigo ocular y, así como el manejo del testimonio experto sólo son tres obvios ejemplos que pueden ser añadidos a la ya interminable lista de obstáculos para la búsqueda de la verdad. Peor aún, no es sólo el juicio oral y las audiencias preliminares que llevan a éste — que han sido mi objetivo aquí — las que requieren de un análisis epistémico. Durante la etapa anterior al arresto, en una investigación penal hay muchas preguntas sumamente interesantes sobre la causa probable y las sospechas fundadas que he apenas tocado aquí. Así mismo, las audiencias para escuchar el fallo y los procedimientos ante el jurado de acusación tienen sus propios conjuntos de reglas y sus estándares probatorios. Todas estas cuestiones podrían beneficiarse de un análisis epistemológico serio.

En el capítulo I he argumentado que el sistema estadounidense de justicia penal no es un sistema que hubiese diseñado alguien preocupado principalmente por encontrar la verdad de los delitos. El estándar de prueba penal está mal pensado, es escasamente explicativo para los jurados (si es que lo es en absoluto) y no está integrado con aquellas otras doctrinas (el beneficio de la duda, la proporción de errores, la presunción de inocencia y la carga de la prueba) con las cuales está íntimamente relacionado. Muchas de esas reglas probatorias y procedimientos ponen obstáculos totalmente innecesarios para encontrar los hechos delictivos. Confío en que los argu-

MOTIVOS DUDOSOS PARA REGLAS INADECUADAS: EL CONFLICTO... 315

mentos de este libro confirmen la afirmación de que las reglas probatorias, como el legendario Topsy, simplemente crecieron para ser de la forma como son, muchas veces sin rimo ni razón. A pesar de los esfuerzos eximentes durante el último siglo para codificar las reglas, siguen siendo un mosaico de compromisos que contribuyen a la verdad y de otros que la frustran, así como de medidas inadecuadas.

Lo que es más importante, espero que la maquinaria conceptual que he estado explorando aquí aliente a otros a participar en el experimento mental, pensando críticamente cómo sería un sistema de justicia que estuviera realmente comprometido con la idea de que el objetivo de un proceso es encontrar la verdad sobre un delito. Por el momento, aún tenemos sólo la más rudimentaria maquinaria conceptual para hablar del derecho procesal de forma epistemológicamente sutil.

El mensaje de este libro — que las reglas sobre la prueba y el procedimiento y los diversos principios para distribuir el error necesitan ser drásticamente repensados — no es tan nuevo. Hace dos siglos, Jeremy BENTHAM lo promulgó ante todos los que le escuchaban. A inicios del siglo XX, una multitud de estudiosos del derecho probatorio, más destacadamente Charles MCCORMICK, abogó por una profunda revisión de las reglas que obstaculizaban el acceso del jurado a las pruebas relevantes²². El hecho lamentable de que estos anteriores llamados a actuar generaran resultados muy limitados debería hacernos pensar sobre la flexibilidad del sistema de justicia para cambiar, con todo y las vergonzosas condiciones actuales. Fuerzas poderosas, la más evidente son los propios abogados, están unidas en contra de cualquier cambio que pueda hacer al sistema más simple, más transparente y menos sujeto a la manipulación cínica de sus actores. Es difícil esperar que surja un cambio cuando incluso la Corte Suprema estadounidense puede decir, seriamente, que si bien muchas reglas individuales parecen dispatadas o mal pensadas, juntas producen un sistema de justicia penal «factible». La respuesta adecuada para tal argumento absurdo es que el juicio por ordalías fue considerado factible durante muchos siglos al igual que el sistema de tortura judicial que lo remplazó. Ninguno de ellos, desafortunadamente, fue muy bueno para encontrar la verdad. Tampoco lo es el nuestro.

²¹ MCCORMICK (1938: 580, 581), de forma optimista pero no muy proféticamente, opinó: «Así, hemos dicho que las rígidas reglas de exclusión se flexibilizaran con estándares de discreción para excluir. Pero la evolución no se detendrá ahí. Claramente, el próximo paso es abandonar el sistema de exclusiones». Más de sesenta años después, seguimos obstaculizados con la mayoría de las reglas de exclusión que MCCORMICK criticaba duramente, y con un sinnúmero de otras nuevas. Un contemporáneo mayor de MCCORMICK, CHAMBERLAIN (1908: 765) de igual forma predijo — loable aunque erróneamente — que las reglas de exclusión pronto se atrofiarían dado que «cualquier regla que excluya hechos probatorios o constituyera realmente necesarios para probar los argumentos del proponente está científicamente equivocada».

²² *Addington v. Texas*, 441 US 418: 425 (1979).

Con independencia de cuán limitadas puedan ser las perspectivas de reformas prácticas, sigue siendo importante hacer el trabajo técnico preliminar necesario simplemente para comprender cuán bien o cuán mal está trabajando el sistema actual. Esta actividad, la epistemología del derecho, inapplicablemente es aún un campo incipiente. Aparenta ser más que eso, pues cualquier supuesto sistema de investigación que no se molesta en discutir abiertamente la legitimidad de sus pretensiones sobre la verdad y la racionalidad, no es un sistema de investigación en absoluto. Este libro no tiene como propósito poner fin a esta conversación con una historia concluyente. Yo estaría satisfecho si simplemente la reavivara.

EPÍLOGO

REFLEXIONES ADICIONALES

Las reglas para hacer que un proceso penal sea justo no deben derivarse de un intento por equilibrar las fuerzas de ambas partes — el Estado y el acusado — sino de prestar cuidadosa atención a la función, propia del proceso judicial, de averiguar la verdad.

William BRENNAN, magistrado de la Corte Suprema¹

Desde que escribí el manuscrito de este trabajo en 2005, he tenido bastante tiempo para refinar el análisis de epistemología jurídica propuesto en este libro. En este espacio quiero explicar brevemente algunos de los temas que he venido explorando en los últimos años:

Como se argumenta ampliamente en el capítulo III, la cuestión principal que concierne a la epistemología jurídica es la *administración del error*. Dicha administración consta de dos partes: *a)* describir cómo reducir la frecuencia de los errores (específicamente, de las condenas falsas y de las absoluciones falsas), y *b)* adoptar mecanismos apropiados para que éstos (los errores) se distribuyan de forma que refleje nuestra opinión colectiva sobre la gravedad de las dos clases de error que se cometen.

Al menos en abstracto, la forma de llevar a cabo el proyecto (a) es bastante clara: Identificamos las fuentes del error en las políticas públicas y en las reglas procesales existentes y, después, modificamos dichas reglas y prácticas para que sea menos probable su comisión. Como sugiero en el

¹ BRENNAN, 1990.

libro, las modificaciones a las reglas y a las prácticas han de seguir una ruta también bastante clara y directa, que sería la siguiente: lograr que todas — y únicamente — las pruebas relevantes sean admitidas y hacer todo lo posible para asegurar que el juzgador de los hechos sea competente en el terreno de las inferencias ampliativas.

Por su parte, el proyecto (b) es mucho más complejo. Se tiene que implementar un estándar de prueba con buenas probabilidades de distribuir los errores que se cometan, reflejando nuestras creencias colectivas sobre el significado y los costos de las dos clases de error. Al establecer un estándar de prueba — o carga de persuasión — muy demandante, tenemos toda la razón en esperar que las absoluciones falsas sean más frecuentes que las condenas falsas, lo cual refleja nuestra apreciación de los costos relativos de estos errores.

Idealmente, la combinación de una regla de relevancia (que establezca que todas y sólo las pruebas relevantes serán admitidas) y de un estándar muy exigente para la acusación debería producir un proceso penal que generalmente condujera a la verdad y que protegiera a los acusados inocentes. Hasta aquí las cosas pintan bien. Sin embargo, el problema es que, hasta donde sé, no existe proceso penal alguno que siquiera se aproxime a alcanzar este objetivo.

Como se expone en el capítulo tercero, la mayoría de los procesos penales cuenta con reglas que permiten la exclusión de pruebas relevantes. A manera de ejemplos, se puede citar:

Las pruebas obtenidas ilegalmente por la policía son excluidas en varias jurisdicciones. Muchas confesiones no obtenidas mediante coerción son excluidas debido a las circunstancias en que se produjeron, tales como que la policía no haya informado al acusado de su derecho a guardar silencio y a ser asistido por un abogado, o que los interrogadores no hubiesen realizado un registro (en audio o vídeo) del interrogatorio correspondiente. Pruebas relevantes son comúnmente excluidas si se piensa que son «injustamente prejudiciosas» contra el acusado. Esto ha conducido a países como Estados Unidos a excluir lo que se conoce como pruebas de la reputación del acusado o de sus tendencias, y a los miembros del jurado a desconocer la existencia de antecedentes penales (si los hubiere). En la mayoría de procesos penales existe la figura de los «testigos privilegiados» a quienes no se les obliga a testificar si ellos (o el acusado) no lo desean. En muchos países del *common law*, el testimonio «de oídas» es excluido sin importar su peso probatorio e indudable relevancia. En muchas jurisdicciones, las identificaciones hechas por testigos oculares (o presenciales) son inadmisibles, a menos que se hayan dado en el marco de lo que se conoce como «ruedas de reconocimiento secuenciales» (las identificaciones tradicionales realizadas en las llamadas

«ruedas de reconocimiento simultáneas» ya no se admiten en muchos juzgados, pese a su relevancia). Es también común que se excluya información sobre el hecho de que el acusado se ha negado a cooperar con la policía en el periodo de la investigación correspondiente, de tal suerte que los miembros del jurado jamás se enteran de que el acusado ejerció su derecho a guardar silencio durante los interrogatorios que la policía practicó.

Cada una de estas modalidades de exclusión probatoria incrementa la probabilidad de que se dicen veredictos erróneos, específicamente la probabilidad de que se produzcan absoluciones falsas. En lugar (y muy lejos) de reducirlos, reglas como las mencionadas, aumentan la frecuencia de los errores haciendo que sean preponderantemente de una clase. La persistente presencia de reglas excluyentes es desconcertante no sólo porque eleva la tasa de errores, sino porque esto ocurre de manera asimétrica. En general, dichas reglas conducen al proceso en la dirección de emitir menos condenas de las que se producirían si todas las pruebas relevantes fuesen admitidas y, entonces, a producir más absoluciones. Muchas de esas absoluciones adicionales serán falsas debido a que ciertas pruebas inculpatorias relevantes nunca fueron conocidas por el juzgador de los hechos.

Esta situación es más que extraña, dado que las reglas excluyentes no sólo conducen a la comisión de más errores que los necesarios, sino que tienen un poderoso efecto en su *distribución*. Como sostengo en el capítulo III de este trabajo, alterar la proporción de errores no es una función legítima de las reglas procesales y probatorias. Esa función le corresponde específicamente a la carga de persuasión. En un proceso penal ideal, esa carga se ha establecido en el punto donde esperamos que la proporción de absoluciones falsas a condenas falsas esté muy cerca de lo que consideramos un nivel deseable⁷. Permitir la presencia de reglas probatorias excluyentes que afectan dicha proporción acarrea el efecto de que la carga de persuasión implícitamente se vuelve más exigente de lo que consideramos apropiado. De manera más específica, la presencia de estas reglas produce una proporción de falsos negativos a falsos positivos que atenta contra las pautas de moralidad política que permitieron establecer la carga de persuasión originalmente. Si, deliberadamente o no, se emplean las reglas procesales y probatorias para alterar las probabilidades de las absoluciones falsas ya señaladas por el es-

⁷ N. de los TT.: En inglés, «*sequential lineup*» y «*simultaneous lineup*», respectivamente. Se refiere a la identificación que hace un testigo ocular o la propia víctima del delincuente, bien mediante las llamadas ruedas de reconocimiento o mediante fotografías o retratos hablados. Ahora bien, en una identificación simultánea, todos los individuos son vistos al mismo tiempo; mientras que en una identificación secuencial, los individuos son presentados uno a uno. Actualmente parece que en algunos juzgados y tribunales estadounidenses no se admite el reconocimiento simultáneo por considerarlo poco fiable.

⁸ Siempre y cuando todas las pruebas relevantes sean admitidas, claro.

tándar de prueba, entonces se está confundiendo la verdadera función de las reglas procesales (consistente en minimizar los errores) con el muy diferente objetivo de distribuir los errores. De paso, la presencia de reglas probatorias excluyentes aumenta también la frecuencia de los errores en total.

La mayoría de las tesis expuestas hasta este punto están implícitas en el capítulo III. Ahora quiero explorar un asunto que no fue suficientemente abordado en dicha sección del trabajo. La cuestión toral es que existen muchas reglas procesales vigentes en múltiples jurisdicciones que no permiten la exclusión de pruebas relevantes, sin embargo, tienen el mismo efecto pernicioso que aquellas. Para abreviar: aumentan la frecuencia de los errores y alteran significativamente su distribución al hacer más frecuentes las absoluciones falsas de lo que esperaríamos dado el estándar de prueba operante.

Dado que es más probable que esta situación ocurra con mayor frecuencia en los Estados Unidos que en otros países, tomaré mis ejemplos de este sistema:

Considérese el que probablemente sea el caso más notorio de alteración del estándar de prueba por una vía diferente a la presencia de reglas probatorias excluyentes: la imposibilidad de apelar una absolución (habitual en la mayoría de países del *common law*). Resulta tan claro como el agua que las decisiones procesales erróneas que favorecen al acusado son tan probables como las decisiones erróneas que favorecen a la acusación. Las últimas pueden identificarse cuando una condena es apelada. De hecho, si es necesario, el veredicto puede revocarse y ordenarse la reposición del procedimiento (es decir, que se celebre un nuevo juicio). En contraste, si el acusado es absuelto, no existe la posibilidad de revertir dicha decisión, sin importar cuántos errores hayan sido cometidos por el juez. Esta política conduce claramente a una situación en la que las condenas son, en ocasiones, revocadas, y en la que las absoluciones no son siquiera revisadas. Pese a que no fue diseñada con esa finalidad, la doctrina del *non bis in idem* se traduce en que las absoluciones falsas son inoportunas, mientras que las condenas falsas pueden ser corregidas. Esto, sin duda, implica un incremento en las absoluciones falsas y una disminución en las condenas verdaderas.

Hay muchos otros ejemplos de reglas procesales no relacionadas con la exclusión de pruebas que alteran inadvertidamente la tasa de error de los procesos penales. En el derecho estadounidense, se pueden mencionar las siguientes:

a) El *discovery*: el término «*discovery*» en este contexto se refiere, por supuesto, a esa etapa anterior al juicio oral en la que la acusación y la defensa se dan a conocer mutuamente las pruebas que pretenden luego usar durante el juicio. La *discovery rule* fue establecida para prevenir que una

de las partes pudiera sorprender a su contraparte llamando a un testigo que éste desconocía. El *discovery* es, claramente, una herramienta epistemológicamente deseable. Pero en el derecho estadounidense, la celebración del *discovery* es una decisión que está totalmente en manos del acusado. El tiene la discrecionalidad para invocar la *discovery rule* si está persuadido de que servirá a sus intereses. Esto significa, por supuesto, que si el acusado intenta sorprender a la acusación durante el juicio oral es libre de hacerlo; si, en cambio, calcula que la acusación tiene una sorpresa bajo la manga, puede solicitar el *discovery*. Ésta es claramente una ventaja probatoria importante para la defensa. Relacionado con esto, vale la pena añadir que mientras que la acusación tiene la obligación de compartir con la defensa cualquier prueba exculpatoria que tenga, el acusado no está obligado a compartir pruebas inculpatorias con la acusación.

b) Las pruebas sobre la reputación del acusado (*character evidence*): una situación similar a la anterior tiene lugar en los tribunales estadounidenses cuando se trata de pruebas relacionadas con la reputación del acusado. Si él quiere introducir pruebas de su buena reputación, es libre de hacerlo (habilitando con ello a la acusación a que introduzca pruebas de su mala reputación, si es que cuenta con alguna prueba de ese tipo). Sin embargo, si el acusado no introduce pruebas sobre su buena reputación, la acusación no puede producir pruebas de la mala reputación de aquel, con independencia del peso probatorio de éstas. En esta situación, una vez más, dándole al acusado el control sobre el tipo de pruebas relevantes que pueden ser presentadas, se incrementa la probabilidad del error (específicamente de las falsas absoluciones).

c) El silencio: en los Estados Unidos, como en muchas jurisdicciones, el acusado tiene derecho al silencio durante el interrogatorio policial e incluso durante el mismo juicio oral. Sin embargo, en Estados Unidos se añade al derecho al silencio una poderosa instrucción del juez a los jurados: que no le deben dar valor probatorio alguno al silencio del acusado. No se trata de una instancia de exclusión de pruebas, sino de un esfuerzo por influir en el proceso inferencial de los juzgadores de los hechos. Mientras que todos están de acuerdo en que hay muchos casos en los que el silencio del acusado es relevante para la decisión sobre su culpabilidad, ese tipo de inferencias están explícitamente prohibidas. Una vez más tenemos una regla que simultáneamente incrementa la probabilidad de una absolución e impacta en la distribución de errores en el juicio.

d) El veredicto unánime: aunque no hay una exigencia constitucional federal, en los Estados Unidos los veredictos deben ser unánimes, prácticamente todos los estados insisten en tal política. Esto lleva a un número significativo de juicios orales que terminan sin un veredicto. Nacionalmente, la tasa de juicios nulos es cercana al 5 por 100; la cifra reportada en el

condado de San Francisco, California, es 20,4 por 100³). Por definición, no producir un veredicto es un error, bien sea que el acusado haya cometido el delito o no. Abandonar la exigencia de unanimidad reduciría claramente la tasa de errores.

e) Los delitos sexuales y la impugnación de testigos. Desde la década de 1980, los tribunales estadounidenses han impuesto un conjunto separado de reglas probatorias para delitos como la violación y la pederastia. Específicamente, el derecho insiste en que si la víctima de un delito de éstos presta su declaración en contra del acusado, entonces esa declaración no puede ser impugnada cuestionando el historial sexual de la víctima que ha declarado. (Ésta es una separación radical de la práctica estadounidense en todos los otros tipos de casos, en los cuales el acusado puede interrogar libremente a su acusación). El efecto obvio de esta regla es incrementar la frecuencia en que los acusados de delitos sexuales son condenados. Si tal frecuencia se incrementa, es inevitable que haya más condenas falsas de las que se hubiese esperado en otras circunstancias. Éste es uno de los pocos casos en los que las reglas probatorias estadounidenses tienen el efecto de disminuir y no de incrementar la carga de persuasión de la acusación.

Dicho esto, sigue siendo claro que un tipo de regla como ésta altera inaceptablemente la distribución de los errores, lo que no es parte de las funciones legítimas de las reglas de la prueba y del procedimiento.

El listado de reglas que destruyen las prerrogativas establecidas por la carga de persuasión se podría expandir significativamente. Pero espero que esta corta lista sea suficiente para señalar que no sólo las reglas de exclusión de pruebas tienen implicaciones distributivas. Los estudiosos del derecho han prestado menos atención de la que deberían al hecho de que al recomendar éste o aquel cambio en el sistema jurídico, muchas veces están proponiendo reformas que impactan inadvertidamente en la carga de persuasión. Si nos enfrentamos a un sistema jurídico que tiene muchas reglas de este tipo, se vuelve casi imposible determinar cuál es la carga de persuasión real, dado que hemos permitido que toda clase de reglas impacten en las cargas respectivamente asignadas a las dos partes procesales.

Esto significa, a su vez, que la carga real (incluyendo sus partes implícitas e impléxitas) puede ser dramáticamente diferente de lo que pensamos que fuera cuando definimos la carga mediante un estándar explícito.

Ésta es otra forma de decir que el estándar de prueba real no es simplemente «más allá de toda duda razonable» o una «finitima convicción de la culpabilidad» sino algo más exigente que eso, quizá (como en el caso de los

Estados Unidos) considerablemente más exigente. Más que esto, con todas las desviaciones de la relevancia como estándar de admisibilidad, estamos garantizando que nuestros sistemas jurídicos están cometiendo muchos más errores (normalmente esos errores son absoluciones falsas) de los necesarios o deseables.

Algunos estudiosos del derecho concientes de que muchas reglas sobre la prueba y el procedimiento tienen un impacto significativo en el aumento de la carga de prueba, no obstante, favorecen tales medidas como medios para —dependiendo de cuál su metáfora favorita— «garantizar la igualdad de condiciones» o «establecer la igualdad de medios» o «influir en las escalas de la justicia». Básicamente, su preocupación es que la acusación disfruta de ventajas probatorias que no tiene la defensa o que medidas como éstas sean tomadas para asegurar una lucha justa entre iguales en lugar de la situación vigente que ellos perciben como una pelea injusta entre un David y un Goliat.

Pese a estar de moda, ésta es una visión muy miope de las ventajas disfrutadas por las partes rivales en un proceso penal. Es indudablemente cierto que el Estado tiene más recursos financieros para invertir en la recolección de pruebas que los que tiene un acusado común y corriente. Igualmente, es cierto que aquél puede designar más recursos forenses que este último. Pero ninguno de esos hechos ni siquiera apunta a hacia una inclinación en la igualdad de condiciones a favor del estado, siempre y cuando se considere lo siguiente:

1. En un proceso penal, el Estado soporta *toda* la carga de la prueba. Como la Corte Suprema repetidamente afirma «un acusado no necesita probar nada para ganar una absolución». Dado que el Estado soporta toda la carga probatoria, la «equidad» requeriría que la parte con la carga probatoria desproporcionadamente grande debiera tener un acceso más rápido a las pruebas que el de la defensa.

2. No es sólo que el Estado tiene toda la carga de la prueba, sino que cuando combinamos el carácter exigente de tal carga con la presunción de inocencia, resulta un paquete que da una enorme ventaja probatoria al acusado. Mientras que el acceso del acusado a las pruebas es indiscutiblemente menor que el del Estado, sus responsabilidades respecto a la producción de pruebas son considerablemente menores que las del Estado. De hecho, de la combinación de la presunción de inocencia, un gravoso estándar de prueba, el derecho a citar testigos y el derecho a permanecer en silencio, resulta un paquete que da una enorme ventaja probatoria al acusado. Si el lector duda de esto, imagine el siguiente experimento mental: pregunte a un acusado común (o, mejor aún, al abogado de éste) cuál de las siguientes opciones preferiría: a) la situación actual tal como la he descrito, combinada con un

³ HANNABORD-AGOR, *et al.*, 2007: 7.

Estado que cuente con grandes recursos para la recolección de pruebas, o b) un acceso a la recolección de pruebas comparable con el que tiene el Estado, combinado con el estándar de la preponderancia de las pruebas. Parece difícil concebir que algún acusado no prefiera el estatus quo proporcionado por b). Si esto es así, entonces la afirmación de que los procesos actuales constituyen una desventaja injusta para el acusado puede ser vista como la quimera que es. Si hay una inclinación en el actual campo de juego, hoy en día es ampliamente a favor del acusado, ya que éste no sólo goza de las ventajas mencionadas en a), sino también de docenas de ventajas probatorias adicionales (muchas de las cuales han sido aludidas en este epílogo).

Termino regresando a la engañosa analogía con los deportes y la inclinación del campo de juego: mi afirmación es que imponer a la acusación el estándar de prueba — además de los aumentos en ese estándar originados por las reglas mencionadas — es como decir a un equipo de fútbol: «Si su oponente no marca, él gana el juego aun cuando ustedes hayan hecho ocho goles». A pesar de esto, sigue siendo cierto que muchos de los que pretenden reformar el sistema continúan presionando para que haya más reglas de exclusión y otras reglas procedimentales que aumenten la carga siempre a favor del acusado. Lo que el magistrado BRENNAN llama «la función, propia del proceso judicial, de averiguar la verdad» se ha subordinado al deseo de reducir la posibilidad de las condenas falsas, sin importar el precio epistémico que eso conllevaría en términos del aumento de las probabilidades de un creciente número de falsas absoluciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, R., 1977: «The Restoration of *In Re Winship*», en *Michigan Law Review*, 76.
 — 1993: «Constitutional Adjudication, the Demands of Knowledge, and Epistemological Modesty», en *Northwestern Law Review*, 88.
 — 1994: «Factual Ambiguity and a Theory of Evidence», en *Northwestern Law Review*, 88.
 ALSCHULER, A., 1997: «A Peculiar Privilege in Historical Perspective», en R. H. HELMHOLTZ, Ch. M. GRAY, J. H. LANGBEIN, E. MOGLEN, H. E. SMITH y A. W. ALSCHULER, *The Privilege Against Self-Incrimination: its Origins and Development*, Chicago: University of Chicago Press.
 AMAR, A., y LETTOW, E., 1995: «Fifth Amendment First Principles», en *Michigan Law Review*, 93.
 — 1997: «Double Jeopardy Law Made Simple», en *Yale Law Journal*, 106.
 AYLING, C. J., 1984: «Corroborating Confessions: An empirical Analysis of Legal Safeguards against False Confessions», en *Wisconsin Law Review*, 4.
 BELL, R., 1987: «Decision Theory and Due Process», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 78.
 BENTHAM, J., 1827: *Rationale of judicial evidence: specially applied to English practice*, J. S. MILL (ed), 5 vols., London: Hunt and Clarke.
 — 1843: *Principles of Judicial Procedure with Outlines of a Procedure Code in Works of Jeremy Bentham*, vol. 2, London: W. Tate.
 BERGER, M., 1999: «Defining the scope of the privilege against self-incrimination», en *University of Illinois Law Review*.
 — 2000: «Reforming confession law British style: A decade of experience with adverse inferences from silence», en *Columbia Human Rights Law Review*, 31.
 BLACKSTONE, W., 1765-1769: *Commentaries on the Laws of England*, 4 vols., Oxford.
 BRENNAN, Jr., W. J., 1990: «The Criminal Prosecution: Sporting Event or Quest for Truth? A Progress Report», *Washington University Law Quarterly*, 68.
 BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, 2001: *Federal Criminal Appeals*, 1999.
 CASELL, P. G., 1996: «Miranda's Social Cost: An Empirical Reassessment», en *Northwestern University Law Review*, 90.

- CHAMBERLAIN, CH., 1908: «The modern Law of Evidence and Its Purpose», en *American Law Review*, 42.
- CHAMBERS, H., 1998: «Reasonable Certainty and Reasonable Doubt», en *Marquette Law Review*, 81.
- COHEN, J. N., 1995: «The Reasonable Doubt Jury Instruction: Giving Meaning to a Critical Concept», en *American Journal of Criminal Law*, 22.
- COHEN, J., y CHRISTENSEN, I., 1970: *Information and Choice*, Edinburgh: Oliver & Boyd.
- DAMASKA, M., 1997: *Evidence Law Adrift*, New Haven & London: Yale University Press.
- DEKAY M., 1996: «The difference between Blackstone - Like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof», en *Law and Social Inquiry*, 21.
- DESHOWITZ, A. M., 1982: *The Best Defense*, New York: First Vintage Books.
- 1996: *Reasonable doubts: The criminal justice system and the O. J. Simpson case*, New York: Touchstone.
- DOLINKO, D., 1986: «Is there a Rationale for the Privileged against Self-Incrimination?», en *UCLA Law Review*, 33.
- DUPRES, D., 1999: «Miscarriages of Justice and the Constitution», en *Buffalo Criminal Law Review*, 2.
- FENEY, F.; DILL, F., y WIER, A., 1983: *Arrests Without Conviction: How Often they Occur and Why*, Washington: National Institute of Justice.
- FORTESCUE, J. SIR., 1470: *DE LAUDIBUS LEGUM ANGLIÆ*. Citado por la traducción al inglés de Chimes, S. B. (ed.), 1942, Cambridge: Cambridge University Press.
- FRANKLIN, B., 1785: Letter to Benjamin Vaughan (14 de marzo de 1785), en J. Bigelow (ed.), 1904: *The Works of Benjamin Franklin*, vol. II, New York & London: G. P. Putnam's sons.
- FRIEDLAND, M., 1969: *Double Jeopardy*, Oxford: Clarendon Press.
- FRIEDMAN, R., 2000: «A Presumption of Innocence Not of Even Odds», en *Stanford Law Review*, 52.
- FRIENDLY, H., 1968: «The Fifth Amendment Tomorrow», en *University of Cincinnati Law Review*, 37.
- GELFAND, A., y SOLOMAN, H., 1974: «Modeling Jury Verdicts in the American Legal System», en *Journal of American Statistical Association*, 69.
- GELLER, W., 1993: «Videotaping Interrogations», en *National Institute of Justice, Research in Brief*.
- GRAND, J., 1986: «Selling the idea to tell the truth», en *Michigan Law Review*, 84.
- GROSS, S., 1996: «The Risks of Death: Why Erroneous Convictions Are Common in Capital Cases», en *Buffalo Law Review*, 469.
- GOLD, V., 1983: «Observations on the Nature of Unfairly Prejudicial Evidences», en *Washington Law Review*, 497.
- GOLDWASSER, K., 1998: «Vindicating the Right to Trial by Jury and the Requirement of Proof beyond a Reasonable Doubt: A critique of the Conventional Wisdom about Excluding Defense Evidence», en *Georgetown Law Journal*, 86.
- HALE, M. SIR., 1716: *Pleas of the Crown: A methodical Summary of the Principal Matters Relating to that Subject*, London: Giles Jacob.
- 1678: *Pleas of the Crown: A Methodical Summary*.
- HANNAFORD-AGOR, P. L.; HANS, V. P.; MOTT, N. L.; MUNSTERMAN, T. G., 2002: *Ave Hungis Juris a Problem? Unintated States of America: The National Center for States Courts*.

- HUFF, R.; RATTNER, A., y SAGARIN, E., 1986: «Guilty Until Proven Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy», en *Crime and Delinquency*, 32.
- HUFF, R.; RATTNER, A., y SAGARIN, E., 1996: *Convicted But Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy*, Thousand Oaks: Sage Publications.
- JERRIES, J., y STEPHAN, P., 1978: «Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in the Criminal Law», en *Yale Law Journal*, 88.
- KALVEN, H., y ZEISEL, H., 1966: *The American Jury*, Michigan: Little Brown.
- KAMISAR, Y.; LAFAYE, W. R., e ISRAEL, J. H., 1994: *Modern Criminal Procedure: Cases, Comments, and Questions*, 8ª ed., St. Paul, Minnesota: West Pub Co.
- KAMISAR, Y., 1999: «Confessions, Search and Seizure and the Retraquist Courts», en *Tulsa Law Journal*, 34.
- KEMP ALLEN, SIR C., 1931: *Legal Duties and other Essays in Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press.
- KITAI, R., 2002: «Presuming Innocence», en *Oklahoma Law Review*, 55.
- KRAMER, G., y KOENIG, D., 1990: «Do Jurors Understand Criminal Jury Instructions?», en *University of Michigan Journal of Law Reform*, 401.
- LANGBEIN, J., 1994: «The Historical Origins of the Privilege against self-Incrimination at Common Law», *Michigan Law Review*, 92.
- LAUDAN, L., 1994: *The Book of Risks: Fascinating Facts about the Chances We Take Every Day*, New York: Wiley & sons.
- 2003, «Is Reasonable Doubt Reasonable?», en *Legal Theory*, 9.
- LAUTNER, W., 1995: «The Rhetoric of Innocence», en *Washington Law Review*, 70.
- LEO, R. A., 1996: «The impact of Miranda Revisited», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 86.
- LEO, R. A., y DESHE, R. J., 1998: «The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation», en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 88.
- LEOPOLD, A., 2000: «The problem of the Innocent, Acquitted Defendants», en *Northwestern University Law Review*, 94.
- LEVY, L. W., 1968: *Origins of the Fifth Amendment: The Right Against Self-Incrimination*, USA: Oxford University Press.
- LEIBMAN, J., 2000: «A broken system: error rates in capital cases 1973-1995», en *Columbia Law School*.
- LIEBMAN, J. et al., 2000: «Symposium: Restructuring Federal Courts: Habeas: Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases», en *Texas Law Review*, 78.
- LILQUIST, E., 2002: «Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability», en *UIC Davis Law Review*, 36.
- 2005: «Absolute Certainty and the Death Penalty», en *American Criminal Law Review*, 45.
- MAMONIDES, R.: *The commandments*. Citado por la traducción al inglés de Ch. B. CHAVEL, 1984: Soncino Press.
- MCCORMICK, CH. T., 1938: «Tomorrow's Law of Evidence», en *American Bar Association Journal*, 24.
- 1954: *Handbook of the Law of Evidence*. Citado por la edición de CLEARY, E. W., 1972: *McCormick's Handbook of the Law of Evidence 2ª ed.*, St. Paul, Minnesota: West Pub. Co.

- NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE, 1982: *The effects of the Exclusionary Rule: A study in California*. Disponible en <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/87888WCJRS.pdf>.
- NEWMAN, J. O., 1993: «Beyond Reasonable Doubt», en *New York Law Review*, 979.
- O'REILLY, G., 1994: «Criminal Law», en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 85.
- POSNER, R., 1999: «An economic approach to the law of evidence», en *Stanford Law Review*, 51.
- SALTZBURG, S., 1974: «Standards of Proof and Preliminary Questions of Facts», en *Stanford Law Review*, 27.
- SEEBERGER R., y WETICK, R. C., 1967: «Miranda in Pittsburgh - A Statistical Study», en *University of Pittsburgh Law Review*, 29.
- SEIDMANN D. J., y STEIN, A., 2000: «The Right of Silence Helps the Innocent», en *Harvard Law Review*, 114.
- SHAPIRO, S., 1990: «Reviewing the Unreviewing Judge: Federal Prosecution Appeals of Mid-Trial Evidentiary Rulings», en *Yale Law Journal*, 99.
- SHAWRO, D., 1989: «Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice», en *Harvard Law Review*, 105.
- SHEPARD, S., 2003: «The Metamorphoses of Reasonable Doubt: How Changes in the Burden of Proof Have Weakened the Presumption of Innocence?», en *North Dame Law Review*, 78.
- STARKE, THOMAS, 1828: *A Practical Treatise of the Law of Evidence*, citado por la edición de GERHARD, B., 3 vols.
- STITH, K., 1990: «The Risk of Legal Error in Criminal Cases», en *University of Chicago Law Review*, 57.
- STRAW, D., y BUCHANAN, R., 1976: «Jury Confusion: A Threat to Justice», en *Judicature*, 59.
- SUNDY, S., 1989: «The Reasonable Doubt Rule and The Meaning of Innocence», en *Hastings Law Journal*, 40.
- THOMAS G. C., 1996: «Plain Talk about the Miranda Empirical Debate: A 'Steady-State' theory of Confessions», en *UCLA Law Review*, 43.
- THALER, J., 1978: «Punishing the Innocent: The Need for Due Process and the Presumption of Innocence Prior to Trials», en *Wisconsin Law Review*, 2.
- TRIBE, L., 1970: «An Ounce of Deterrence: Preventive Justice in the World of John Mitchell», en *Virginia Law Review*, 56.
- 1971: «Trial by Mathematics. Precision and Ritual in the Legal Process», en *Harvard Law Review*, 84.
- UNDERWOOD, B., 1977: «The Thumb on the Scales of Justice: Burdens of Persuasion in Criminal Cases», en *Yale Law Journal*, 86.
- UVILLER, H. R., 1987: «Evidence from the mind of the criminal suspect», en *Columbia Law Review*, 87.
- VAN KESSEL, G., 1986: «The suspect as a source of testimonial evidence», en *Hastings Law Journal*, 38, 1.
- VOLTARE (1746-1767): *Lading and other Tales*. London: George Bell.
- WIGMORE, J., 1940: *Treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at common law*, 3^a ed., Boston: Little Brown.

ÍNDICE ANALÍTICO

- Acusado silencioso, 213-219, 229, 234, 240, 302
- Allen Ronald, 14, 93, 115, 127, 129
- Alschuler, Albert, 303,
- Amar, Akhil, 217, 229, 267, 289
- Apelación asimétrica, 191, 267-276, 280-283, 286, 289, 314
- Arresto sin causa justificada, 145-146, 198, 253, 256-257
- Ayling, Corey, 187-188, 194
- Beneficio de la duda, 14, 60-61, 98, 104-107, 138, 163, 173, 181-182, 184-186, 190-191, 199, 203, 314
- Bentham, Jeremy, 18, 137, 209, 214, 235, 239
- Berger, Maria, 224, 226
- Black, Hugo, 191, 279-280
- Blackmun, Harry, 67, 80
- Blackstone, William, 103, 116-118, 135, 189, 270
- Brandes, Louis, 262, 307,
- Brennan, William, 81, 139, 192-193, 317, 324
- Cardozo, Benjamin, 209, 227, 303
- Causa fundada, 193, 198, 242, 248, 256-258, 262, 266, 299-300, 305, 310
- Cassell, Paul, 252
- Cereza, 35, 52, 64, 69, 79-83, 102, 129, 233, 303
- Moral, 7, 64-65, 67-68, 72, 74, 88, 93, 125, 154
- Chambers, Harry, 36
- Cohen, John, 82, 84
- Common law, 22, 26, 28, 45, 63-64, 66, 106, 126, 128, 139, 177, 194, 214, 219-220, 242-243, 254, 261, 270, 303, 310, 318, 320
- Confesiones
- Corroboración de las confesiones, 241-242, 248-250, 253, 256, 311
- Miranda, 197, 210, 221, 242-243, 245-248, 252, 254, 266, 286, 295, 305, 312
- Test de la voluntariedad, 184, 192, 242, 246-248, 250, 252, 255, 286, 311
- Cuestiones de derecho, 211, 242, 282, 295
- Cuestiones sobre los hechos, 29, 35, 38, 45, 242, 291, 295
- Culpabilidad
- Material, 37-38, 116, 128, 147, 151-154, 156, 159-161, 169
- Probatoria, 37-38, 147, 154, 159
- Damaska, Mirjan, 296-297.
- Debito proceso, 62, 66, 104, 139, 141, 160, 171, 185, 220
- Dekay, Michele, 107, 110, 115, 117, 175

- Derechos, 22, 24, 26, 28, 30, 32, 46, 83, 143, 176, 180, 193-197, 220-221, 227, 242, 245-248, 254, 258-259, 263, 292, 297-299, 306-310.
- Dripps, Donald, 113
- Dworkin, Gerald, 32
- Epistemología, 13, 19, 23, 32, 60, 104, 178-179, 218, 222, 249
- Jurídica, 15, 20, 23-24, 30, 32, 64, 97, 138, 165, 173-174, 293, 316-317
- Error
- Costos relativos, del 94, 101, 110-111, 114, 134, 136, 169, 318
- Distribución del, 19, 22, 25, 57, 60, 108, 110, 117, 121, 138, 173-174, 181-182, 186, 188-190, 193, 196-197, 199, 206-207, 319-322
- Falsas absoluciones, 35, 42, 55, 60, 108-119, 135-136, 162, 168, 173-201, 206, 213-215, 225, 247, 269, 272-273, 280-283, 286-289, 318-323
- Falsas condenas, 37, 55, 60, 81, 99, 108, 110-120, 132-133, 135, 136, 164, 166-170, 173-176, 181-201, 206, 213, 215, 225, 246-247, 271-272, 280, 286, 289, 317-324
- Reducción del, 22-23, 25, 173-176, 181-182, 189-191, 196-197, 206, 276-280
- Veredictos falsos, 22, 25, 31, 34, 38-40, 44, 94, 184, 189-190, 201, 280, 287-288, 312
- Veredictos inválidos, 38-40, 113, 203, 268, 279, 287-288
- Experimento mental, 25, 28-30, 176-177, 181, 210, 264, 292, 323
- Feeney, Floyd, 112
- Ferrer, Jordi, 14
- Fiabilidad, 14, 45, 62, 122, 177-181, 188, 197, 200, 203, 208, 212, 224, 240, 246, 249-252, 260, 291, 299
- Frankfurter, Felix, 143
- Friedland, Martin, 277
- Friedman, Richard, 152, 188
- Friendly, Henry, 216, 229
- Galliei, Galileo, 27-28
- Ginsberg, Ruth Bader, 67
- Gold, Victor, 50
- Goldberg, Arthur, 191-192, 215-218, 225, 300-302
- Goldwasser, Katherine, 188, 190
- Gran Jurado, 41-43, 112, 133, 142, 145-146, 148, 298
- Grano, J., 218
- Hand, Learned, 57, 123
- Hart, H. L. A., 32
- Huff, Ronald, 112
- In re Winship, 13, 66, 81, 89, 95, 125
- Inocencia
- Materia, 37, 142, 149, 151-154
- Presunción de, 14, 35-36, 60-61, 64, 73, 78, 95, 137-144, 152-158, 164, 168, 183, 192, 197, 201, 283, 314, 323
- Probatoria, 37, 156-158, 164
- Juicio ante jurado, 29, 42, 54, 91, 114, 276, 294, 297
- Kamnisar, Yale, 112, 265-266
- Kelsen, Hans, 32
- Kramer, Geoffrey, 86
- Langbein, John, 302
- Laudan, Larry, 97, 126, 162,
- Lauter, William, 139-140, 149
- Leipold, Andrew, 112
- Leiter, Brian, 13-15
- Leo, Richard, 249
- Levy, Leonard, 3 02
- Lilquist, Erik, 14, 100, 107
- Maimonides, Moses, 103, 206
- Marshall, Thurgood, 192
- May, W. 8
- Mayo, Deborah, 15

- McCormick, Charles, 173, 179, 231, 235, 263, 291, 315
- Newman, John, 59
- Peirce, Charles Sanders, 284-286
- Penal de muerte, 96-103, 270-273
- Peso probatorio, 47, 53, 140, 196, 318, 321
- Posner, Richard, 41-42, 158-159, 184, 222, 236, 265,
- Powell, Lewis, 21, 25, 30-31, 279, 312
- Principio de indiferencia, 119, 195
- Privacidad, derecho a, 227, 298-302
- Procedimiento, reglas, 23-33, 44, 120, 133, 173-174, 203-206, 268, 284-288, 293, 313, 322
- Prueba
- Carga de la, 14, 60-61, 65, 74, 88, 137-170, 173, 197, 227, 214, 323
- Clara y convincente, 94, 95, 104, 134, 168, 193
- Estandar de, 14, 25, 33, 38-43, 60-71, 79-83, 87-88, 92-96, 100-136, 142, 148, 154, 162-164, 167, 170, 173, 181-188, 192, 206-208, 268, 276, 283, 314, 318, 322-324
- Más allá de toda duda razonable, 13-14, 19, 25, 33, 39, 41, 61-96, 100-106, 121-123, 126, 131-135, 140, 145-147, 153-154, 162, 164, 166-170, 192-195, 203, 204, 213, 218, 226, 273-275, 276, 298, 322
- Preponderancia de la prueba, 94, 104-105, 165-166, 192, 195, 248, 324
- Pruebas
- Circunstanciales, 92, 128-129, 131, 229
- Reglas sobre las, 25, 29, 119-120, 174-210, 219, 241, 247, 254, 264, 268, 284-288, 292, 295, 313-315, 319-322
- Testimonio ocular, 42, 45, 127, 190, 193, 224, 241, 249, 314, 318
- Rawls, John, 32
- Reglas
- De exclusion, 177, 183, 208, 256, 260, 295, 299, 305-306, 315, 322, 324
- Discovery, 182, 186, 204-206, 320, 321
- Procedimiento, 23, 25, 29-31, 44, 119, 174, 176, 181-186, 196-197, 203, 205, 207, 210, 268, 284, 288, 293, 298, 314, 322, 324
- Rehquist, William, 143
- Relevancia, 14, 44-55, 60, 177-183, 194, 197, 200, 203, 208, 222, 224, 246, 249, 252, 279, 313-314, 318-319, 323
- Salzburg, Stephen, 190, 195
- Seaberger, R., 250
- Seidman, Daniel, 188, 189-190
- Shapiro, Scott, 267
- Shapiro, Daniel, 81-82
- Shaw, Lemuel, 65, 67, 72, 74
- Sheppard, Steve, 149
- Sistema adversarial, 53-55, 233, 241, 278
- Sistema inquisitivo, 62, 220
- Souter, David, 80
- Starkie, Thomas, 82, 125
- Stein, Alex, 188-190, 244
- Stephan, Paul, 168-170
- Sith, Kaie, 278, 281
- Sundby, Scott, 149
- Tanffo, Michele, 14-15, 18
- Testigo silencioso, 209, 227-229, Thaler, Jeff, 149
- Tradición romano-germánica, 14, 17, 29, 106, 125, 127, 139, 160, 174
- Tribe, Laurence, 83, 149
- Underwood, Barbara, 123, 170
- Uviller, Richard, 218
- van Kessel, Gordon, 221, 240
- Veredicto

- Falso, 22, 31, 34, 38, 40, 184, 189-190, 201, 280, 287-288, 312
 Verdadero, 23, 38, 64, 181, 206, 227, 246
 Valido, 38-39, 102, 136, 268, 313
 Voltaire, 103
 Warren, Earl, 286, 307, 308
 White, Byron, 140-141, 171, 247
 Wigmore, John Henry, 14, 18, 230, 301
 Zeisel, Hans, 112, 200

COLECCIÓN «FILOSOFÍA Y DERECHO»

ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

(Véase la lista completa en www.filosofiaydercho.es/titulospublicados.php)

Teoría de los principios

Humberto Avila

Esta obra, escrita originalmente en portugués, obtuvo un enorme éxito en Brasil, donde se publicaron once ediciones en tan solo cinco años. La notoriedad alcanzada motivó su traducción al alemán y al inglés, y la obra experimentó el mismo éxito tanto en Alemania como en los países de lengua inglesa. En esta edición, totalmente revisada y ampliada en relación con el trabajo original, el autor presenta, con originalidad e independencia, un serio estudio sistemático sobre el significado y el fundamento de los principios jurídicos, proponiendo criterios distintos a los que la doctrina comúnmente emplea para distinguir entre principios y reglas, así como para su adecuada interpretación y aplicación.

Las pretensiones normativas del derecho

Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz
 Paula Galdó

La presente obra parte de una pregunta que pueda ser formulada de diferentes maneras: ¿en qué medida se está pensando cuando se afirma que el derecho es normativo?, ¿por qué es importante entender al derecho como fuente de normas que generan deberes, y no meramente como un hecho, como un conjunto de contenidos semánticos o como un conjunto de actos de imposición de poder? Hay quienes sostienen que cuando se piensa en el derecho está implícita la idea de que es normativo, y que esta es una cuestión conceptual. Sin la idea de normatividad no se puede comprender al derecho. El análisis de las respuestas dadas por los filósofos del derecho Robert Alexy y Joseph Raz, se toma como brújula en la exploración del problema. Las nociones de Raz son, de este modo, objeto de principal análisis en el libro, y a través de ellas, el sentido en que el derecho, se dice, es fuente de razones justificatorias.

Cómo deciden los jueces

Richard A. Posner

Cómo deciden los jueces es un estudio acerca del complejo y diverso entramado de factores que llevan a los jueces a tomar las decisiones que toman. Posner pretende «descorrer el velo» que cubre una de las actividades fundamentales del derecho: la actividad de juzgar. Su objetivo es someter a escrutinio público los condicionantes de naturaleza sociológica, psicológica, económica, política, filosófica y también jurídica que de hecho influyen en la actividad decisoria de los tribunales. Guiado por este objetivo, aborda toda una serie de aspectos que van desde las condiciones laborales de la profesión de juez (sueldo, promoción, estabilidad en el puesto) hasta el papel jugado por sus convicciones ideológicas y políticas, sus filias y fobias partidistas y su función ante la opinión pública, pasando por la psicología y la personalidad de los jueces y los problemas que tienen que ver con la manera en que aceptan y conciben las pautas del método jurídico.

Pero el libro de Posner no sólo se mueve en este nivel descriptivo o explicativo, sino que contiene también un modelo normativo de juez. El escenario de contraste de este modelo es asimismo la jurisprudencia estadounidense, centrándose en los tribunales de apelación y el Tribunal Supremo. El autor reivindica, por ejemplo, que una comprensión cabal del papel de sus tendencias actuales, en concreto la de tomar la jurisprudencia constitucional de otros ordenamientos jurídicos como fuente autoritativa. Posner apuesta, en definitiva, por un modelo pragmático, pero, en sus palabras, se trata de «un pragmatismo sensible y no uno de cortos vultus».

Causalidad y responsabilidad

Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica

Michael S. Moore

El concepto de causalidad es fundamental para asignar responsabilidad, moral y jurídica, por eventos. Pero la relación entre la causalidad y la responsabilidad permanece poco clara. ¿Cuál es, exactamente, la conexión entre el concepto de causalidad usado al atribuir responsabilidad y las explicaciones de las relaciones causales ofrecidas por la filosofía de la ciencia y la metafísica? ¿Cuánto de lo que llamamos responsabilidad causal es derivado, en verdad, por factores no causales? Este libro sostiene que una gran parte de la teoría jurídica sobre estas cuestiones es confusa e incoherente, y representa el primer intento exhaustivo, desde el trabajo de Hart y Honore, de aclarar el trasfondo filosófico de los debates jurídicos y morales.

En primer lugar, el libro ubica a la causalidad en el derecho penal y el derecho de daños, y de línea la metafísica presupuesta por la teoría jurídica. Luego analiza las mejores explicaciones teóricas de la causalidad ofrecidas por la filosofía de la ciencia y la metafísica y, valiéndose de ellas, critica a muchos de los conceptos jurídicos centrales que circundan a la causalidad, como los de la causalidad sobrevenida, la predictibilidad del daño y la participación. Considera y rechaza las propuestas radicales que tienden a erradicar a la causalidad del derecho, usando, en cambio, cálculos de riesgos para atribuir responsabilidad.

El análisis resulta ser un argumento poderoso para que revisemos nuestro entendimiento del papel que juega la causalidad en la atribución de responsabilidad, tanto jurídica como moral.

Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos

Jordi Ferrer Beltrán y Jorge L. Rodríguez

El libro aborda dos problemas centrales de la teoría del derecho: la jerarquía normativa y la dinámica de los sistemas jurídicos. Ambos han tenido hasta el momento menos atención de la que merecen, pero lo realmente novedoso de este volumen es su tratamiento conjunto, con un análisis muy cuidadoso de sus implicaciones mutuas. A partir de aquí, se revisan nociones clave como las de sistema jurídico, las concepciones de las normas, la pertenencia al sistema de las normas derivadas, o la validez y aplicabilidad de las normas, así como los efectos de la pretensión jerárquica. En resumen, el lector encontrará en este libro un estudio profundo de algunas nociones centrales de la teoría del derecho, revisadas a la luz de la intersección entre la estructura jerárquica y la dinámica de los sistemas jurídicos.

El realismo jurídico genovés

Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni B. Ratti

A partir de la obra de Giovanni Tarallo, y bajo su maestría, se ha conformado en Génova un grupo de investigadores, que contó en su momento con el empuje de Silvana Castiglione y Riccardo Guastini, y en el que se formaron filósofos del derecho como Mauro Barberis, Paolo Comanducci y Pierluigi Chiassoni, entre otros. En el ámbito de la teoría del derecho, ese grupo, conocido por muchos como Escuela genovesa, se ha caracterizado por la defensa de tesis propias del realismo jurídico y ha tenido una gran influencia en el debate iustolusófico italiano, francés e iberoamericano de los últimos 20 años. El realismo jurídico a la *genoise* hunde sus raíces en las dos grandes tradiciones iustrealistas: americana y escandinava. Sin embargo, ha desarrollado progresivamente sus propias tesis y refinado con la metodología analítica algunas de las asunciones básicas del realismo jurídico clásico, en especial del americano.

En este libro el lector encontrará a la presentación de esas tesis por parte de sus más destacados defensores y su discusión a cargo de algunos de los más importantes iustolusócos iberoamericanos actuales.

La teoría principalista de los derechos fundamentales

Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy

Jan-R. Sieckmann (ed.)

La teoría de los derechos fundamentales es un tema tan crucial como controvertido. Debido al aumento de Estados que se configuran como «constitucionales» y «democráticos», y también al

desarrollo de sistemas europeos e internacionales de protección de derechos humanos, la búsqueda de modelos generales de protección iustfundamental cobra una enorme importancia. Entre estos modelos, la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy ha sido uno de los que más aceptación ha merecido tanto en el ámbito académico como en la práctica del derecho. Pese haber sido blanco de numerosas críticas, constituye, por su solidez teórica y reconocimiento internacional, uno de los referentes más adecuados sobre el tema. Los trabajos reunidos en este volumen analizan y discuten si la teoría principalista desarrollada por Alexy ofrece el marco idóneo para elaborar una teoría y una dogmática general de los derechos fundamentales más allá de las fronteras de los sistemas jurídicos nacionales. En ellos se abordan problemas relativos a la teoría de las normas iustfundamentales, al método de la ponderación o a los principios de proporcionalidad y de igualdad. Aparte del propio Alexy, los autores que participan en este libro han contribuido en diversa manera o incluso desde perspectivas críticas al desarrollo de esa teoría general y pueden ser considerados como especialistas en la teoría de los principios y de los derechos fundamentales.

Problemas de vida o muerte

Diez ensayos sobre bioética

Eduardo Rivera López

El avance de la medicina ha generado enormes desafíos éticos: En ellos está en juego la vida, la muerte, la dignidad y la autonomía de las personas. ¿Debería permitirse la eutanasia voluntaria? ¿Tenemos el deber de garantizarle a nuestros futuros hijos un mínimo de calidad de vida? ¿Deberían las personas con problemas de fertilidad adoptar, en lugar de utilizar técnicas de reproducción asistida? ¿Generará el avance de la genética desigualdades sociales inaceptables? ¿Quién debería tener acceso a la información genética de una persona? ¿Debería permitirse la venta de órganos?

Estas son algunas de las preguntas que se exploran en los diez ensayos reunidos en este volumen. Se trata de artículos independientes, publicados en general en revistas especializadas, que ofrecen, sin embargo, un panorama amplio de algunos de los problemas de la bioética contemporánea.

Dilemas constitucionales

Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales

L. Zuca, G. Lariguet, D. Martínez Zorrilla y S. Álvarez

Los conflictos entre valores son uno de los temas más apasionantes y difíciles de la filosofía moral, en la medida en que su existencia plantea un serio desafío a la coherencia de la ética como sistema normativo. Cuando este tipo de conflictos se traslada, a través de los principios y las normas constitucionales, al ámbito del derecho, los desafíos se multiplican. Se trata de un ámbito en el que la teoría del derecho y la teoría constitucional necesitan recurrir inexorablemente a la filosofía moral para poder ofrecer un análisis certero del tipo de problema que se debe abordar.

En este libro se analizan los conflictos morales y se estudian los diversos escenarios jurídicos que se abren a partir de su incorporación al ámbito del derecho constitucional. Para ello se parte de un artículo de Lorenzo Zuca—autor que recientemente se ha ocupado del tema de una manera novedosa y audaz—sobre los «dilemas constitucionales». Dicho artículo es seguido de los comentarios de otros tres autores—Silvana Álvarez, Guillermo Lariguet y David Martínez Zorrilla—que también han trabajado sobre los conflictos de derechos fundamentales y que realizan un análisis minucioso y original de la obra de Zuca.

Instituciones del derecho

Neil MacCormick

Instituciones del derecho contiene una presentación con pretensiones de exhaustividad de una teoría institucional del derecho. Pero, a diferencia de buena parte de la literatura contemporánea sobre la materia, es un libro con el cual el lector puede también aprender de derecho. Aunque comienza ofreciendo una definición de derecho como un orden normativo institucional, luego muestra cómo desde esa perspectiva es posible arrojar luz sobre cuestiones fundamentales del derecho público y del derecho privado. En esto el libro es un libro de «instituciones» en un

sentido que lo vincula a una forma tradicional de literatura jurídica, de la cual las *Instituciones del Derecho de Escocia* (1581) de Lord Stair son un ejemplo paradigmático.

Este es un libro escrito por un autor que cree que la labor de la teoría del derecho no se reduce a aclarar las confusiones que afectan al lenguaje de los juristas; que, al contrario, cree importante hacer un examen atento y sofisticado de las prácticas jurídicas que existen realmente, porque a través de su reconstrucción racional podemos entender la forma en que un orden normativo se transforma, por así decirlo, en instituciones. *Instituciones del derecho* es un intento de reconstruir de este modo el derecho contemporáneo.

Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad

Larry D. Kramer

La obra de Larry Kramer propone una revisión de la historia social del control de constitucionalidad de las leyes que recupera el papel del pueblo como piedra angular del programa constitucional estadounidense. Su revisión muestra los límites de las reconstrucciones convencionales que han asignado al poder judicial, y en él a la Corte Suprema, el rol de intérprete último de la Constitución. Mas bien, en la meticulosa labor historiográfica realizada por Kramer, el modelo de supremacía judicial que hoy conocemos aparece como sólo uno entre los mecanismos disponibles para la resolución de los conflictos interpretativos de los departamentos del gobierno. Según nos muestra Kramer en esta interesante obra, la historia constitucional estadounidense es la historia del constitucionalismo popular. Ahora bien, una vez aceptada la invitación a repasar dos siglos de constitucionalismo desde el prisma de la soberanía popular, queda la reflexión sobre las invocaciones del autor a reposicionar al pueblo, la democracia y el autogobierno en el centro del proyecto constitucional contemporáneo. ¿Será ello posible? ¿Es ello deseable?

Compendio de una teoría analítica del derecho

Aichourron y Buliygin en sus textos

Daniel Mendonca (ed.)

Este libro intenta reunir fragmentos de distintos textos de Aichourron y Buliygin, ordenados, matemáticamente, a fin de dar una idea abarcadora pero resumida del sistema de pensamiento que ellos elaboraron. En esos fragmentos, los dos autores hablan directamente a la mente del lector, en tanto su recopilación sirve de alfilerazo simplificador. Si la síntesis llega donde antes no había llegado, si sirve para rectificar preconcepciones, aclarar dudas y remover objeciones, la intención habrá sido satisfactoria. Si, además, tiene por virtud generar ideas, conceptos y argumentos divergentes, que puedan plantearse y debatirse con el mismo rigor de los que aquí se presentan, la comunidad de los lectores habrá cooperado con los autores en la más importante tarea común: hacer avanzar la reflexión filosófica en dirección al perfeccionamiento de la hoy vetusta práctica del derecho.

La teoría de la democracia en el mundo real

Ian Shapiro

Isaiah Berlin gustaba de clasificar en dos grandes grupos a los pensadores. Por un lado los zorro, para los que la realidad es compleja, masallable, diversa, por otro los erizos, para los que ha de existir un principio organizador que posibilite una explicación coherente de la pluralidad, un orden. Ian Shapiro se define a sí mismo como «aspirante a erizo», y este libro es uno de los capítulos de su viaje intelectual en ese sentido.

Tal y como el título nos adelanta, en él encontramos teoría y práctica. Y tanto en la una como en la otra, la pluma de Shapiro va más allá de los discursos habituales y obliga al lector a revisar presupuestos y a adoptar una perspectiva distinta a la establecida.

Locke se presenta aquí como defensor de la legitimidad democrática, y no (o no sólo) como liberal. Madison aparece como defensor de una teoría pluralista de la democracia que Shapiro defiende como el mejor recurso a nuestro alcance contra la dominación. Pero esas y otras singularidades teóricas no se presentan aisladas, redactadas en exclusiva para la torre de marfil. Muy al contrario, se entremezclan y se traen a colación al alimón con la realidad de nuestro mundo. Y así, la teoría de la democracia se esgrime para lidiar con el aborto y el papel de la revisión judicial, o con los procesos de paz y las transiciones a la democracia, o con el cosmopolitismo y

el derecho a la inferencia, o con la eliminación del impuesto de patrimonio y los turbios procedimientos previos tendientes a encauzar la opinión pública mediante la preparación de encuestas sesgadas. Estamos ante un teórico, y uno de primera línea. Pero un teórico que, a diferencia de otros, desciende al mundo real y se las ve con él.

Técnicas de interpretación jurídica

Breviario para juristas

Pierluigi Chiassoni

La interpretación es un difícil banco de pruebas para el jurista: este libro se propone ofrecer a quien aborde el estudio del derecho o a quien en cualquier caso está interesado en adquirir una mayor conciencia metodológica, un breviario de las nociones fundamentales de técnicas de la interpretación jurídica, acompañado de las oportunas coordinadas teóricas. Para tal fin, se ilustran algunos tipos de silogismos judiciales útiles para el análisis de la jurisprudencia, las pasajes claves de la interpretación de los textos normativos (desde la identificación de las disposiciones a su traducción en normas jurídicas), los instrumentos de la argumentación interpretativa, los resultados de la interpretación, el problema de la fidelidad del intérprete al derecho, la disciplina positiva de la interpretación de la ley, algunas concepciones de la interpretación constitucional, las lagunas y los conflictos normativos, con sus modos de identificación, integración y subsunción.

El legado de H. L. A. Hart

Filosofía jurídica, política y moral

M. H. Kramer, C. Grant, B. Colburn y A. Hatzistavrou

En julio de 2007 se celebró un simposio en la Academia Británica en homenaje a los cien años del nacimiento de H. L. A. Hart, el insigne jurista inglés cuyas contribuciones al ámbito de la filosofía del derecho, la filosofía política y la filosofía moral se cuentan entre las más importantes del siglo xx. En este volumen se compilan diecisiete trabajos cuyas versiones preliminares fueron presentadas como ponencias en dicho simposio. La riqueza y amplitud de la obra de Hart se ve reflejada en los cinco capítulos en los que se ha dividido la obra: teoría general del derecho y positivismo jurídico, responsabilidad penal, causalidad en el derecho, justicia, derechos, tolerancia y libertad. Por otra parte, la decisiva y perdurable influencia del pensamiento de Hart en el estado de discusión actual de esos temas se pone de manifiesto en la jerarquía de los autores que han aportado sus colaboraciones: R. A. Duff, Cécile Fabre, John Finnis, John Gardner, Leslie Green, Brad Hooker, David Lyons, Susan Mendus, Philip Pettit, Gerald J. Postema, Alan Ryan, Hillet Steiner, Judith Jarvis Thomson, Jeremy Waldron, W. J. Waluchow, Leif Wenar y Richard W. Wright.

Positivism jurídico y sistemas constitucionales

Claudia Crunescu

En los últimos años se ha popularizado la tesis de que el positivismo jurídico no constituye una teoría adecuada para dar cuenta de los sistemas jurídicos tal como se presentan en las democracias actuales. Este libro aspira a mostrar que el positivismo jurídico sí está a la altura del desafío. Con ese cometido son analizados algunos de los temas más relevantes —y complejos— que ofrece el diseño institucional de las democracias constitucionales: límites de derechos básicos. Ellos pueden sintetizarse en cuatro grandes interrogantes: ¿cómo establecer el contenido o significado de los textos constitucionales?; ¿cómo opera el proceso tendiente a garantizar la aplicación de las normas constitucionales?; ¿está justificada la imposición de límites a la legislación ordinaria a través de una constitución y, si es así, quién está legitimado para garantizar su supremacía?; ¿es necesario un acercamiento teórico diferente del positivismo jurídico para dar cuenta del funcionamiento de los sistemas jurídicos y, en especial, del control de constitucionalidad?

Compendio de filosofía del derecho

Rafael Hernández Marín

Esta obra es esencialmente una exposición, abreviada en muchos casos, de los diversos temas en que se divide, en opinión del autor, la teoría general del derecho. Aunque resulta más detallada en algunos de los temas más importantes para la práctica del derecho, como son la interpretación del derecho y la aplicación del derecho, dos temas que no suelen ser debidamente distinguidos, pero que en esta obra son diferenciados con toda nitidez.

Los Intersticios del derecho

Indeterminación, validez y positivismo jurídico
Ángel Rodenas

La expresión intersticios del derecho, empleada en el título de este libro, hace referencia a la zona, de límites borrosos, situada entre aquellas partes que son inequívocamente reconocidas como derecho y aquellas otras que claramente no lo son. La indagación sobre esta área de penumbra es la constante que vertebra los tres núcleos temáticos del libro: la indeterminación del derecho, la validez jurídica y la crisis actual del positivismo jurídico. El conjunto de los tres ensayos permite contemplar, bajo una luz nueva, esta área intersticial o penumbrosa del derecho.

Acción, dolo eventual y doble efecto

Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables
María Laura Manrique Pérez

En el derecho penal contemporáneo, debido a la creciente importancia de la doctrina del dolo eventual, la distinción entre resultados intentados y consecuencias previstas no es tomada como normativamente relevante. De acuerdo a esta doctrina, ambos efectos de nuestras acciones son equivalentes en el momento de atribuir responsabilidad penal. Por el contrario, en filosofía moral se utiliza esta distinción por medio de la doctrina del doble efecto, que entiende que nuestra responsabilidad es mayor cuando provocamos un daño de manera directa que cuando el daño es producto de nuestra intención oblicua.

Nuevas aproximaciones a la doctrina del doble efecto conectan esta estrategia con el liberalismo moral y político. Si el derecho penal necesita estar justificado por principios liberales — como las constituciones y los códigos penales parecen exigir — la doctrina del doble efecto genera un importante desafío a nuestras concepciones de responsabilidad penal. Más específicamente, este trabajo sostiene que la doctrina del doble efecto provee de una mejor solución al problema de la distinción entre resultados intentados y consecuencias previstas que la doctrina del dolo eventual.

Particularismo y derecho

Un abordaje positivista en el ámbito práctico
Hernán G. Bouvier

Las afirmaciones del tipo «matar está mal» o «Pedro deba responder por el mal causado» suelen ser sometidas a escrutinio exigiendo su justificación. Según una concepción arraigada en el terreno práctico y que se denomina «universalismo» los juicios o acciones prácticas están justificadas sólo si constituyen el seguimiento o aplicación de un parámetro, regla o principio de cierto tipo. El universalismo es objetado de dos maneras. Por un lado por el escepticismo, para el cual nunca tiene sentido hablar de afirmaciones o acciones justificadas. Por el otro por el particularismo, para el que puede hablarse de acciones o afirmaciones justificadas aunque no impliquen la aplicación de un principio o regla. Según el particularista ninguna, regla o principio pueden ser lo suficientemente abiertos o receptivos a la complejidad de los casos sobre los que habrá que decidir. La discusión entre universalismo, escepticismo y particularismo se proyecta directamente en el plano del derecho. En el terreno del derecho se puede sostener o bien que la decisión de un juez está justificada sólo si se basa en una regla o principio general o bien que nunca está justificada, o bien que puede existir una justificación jurídica a pesar de que la decisión no se base en una regla o principio. Este libro analiza la discusión entre universalismo, escepticismo y particularismo y su proyección en la teoría del derecho. Se pretende defender una variante del particularismo abordando en tono crítico los postulados de la filosofía analítica clásica. Si se concede que nuestro conocimiento es necesariamente parcial y algunas veces verdadero, y se acepta la existencia de libertad, entonces puede haber buenas razones para ser particularistas o, más bien, para otorgar prioridad a la experiencia frente a la mera forma y la técnica.

Naturalismo y teoría del derecho

Brian Leiter

En el ámbito de la teoría del derecho contemporánea, en particular de la anglosajona, el realismo jurídico es a menudo considerado un movimiento que resulta atractivo sólo a juris-

tas filosóficamente superficiales y que no ha brindado ninguna contribución sustancial a la reflexión teórica acerca del derecho. En contra de tal opinión, este libro ofrece una reinterpretación original y novedosa de los realistas jurídicos norteamericanos como precursores del «giro naturalista» en filosofía, a la vez que refuerza su concepción con una serie de argumentos finamente elaborados para rebatir las críticas que le han sido dirigidas por diferentes movimientos teórico-jurídicos, como, por ejemplo, el positivismo hartiano o los *Critical Legal Studies*. El volumen, además, resuscita el programa de investigación iusrealista vinculándolo al debate metodológico contemporáneo y utilizándolo, en el ámbito de dicho debate, a favor de la defensa de una teoría del derecho de corte genuinamente descriptivo, concebida, de la manera naturalista, como la rama abstracta de las ciencias jurídicas predictivas. El volumen explora también las implicaciones de una concepción de la filosofía de estricta observancia naturalista acerca de las cuestiones de la objetividad del derecho y de la moral: en este marco, asume una particular relevancia filosófica el análisis demolidor que Leiter reserva a la concepción de Ronald Dworkin.

La idea de los derechos humanos

Charles R. Beitz

Desde su creación tras la Segunda Guerra Mundial, la suerte que han corrido los derechos humanos ha sido paradójica. Por un lado, se han transformado en el lenguaje en el que se expresa la política global. Formular reclamos fundados en los derechos humanos se ha vuelto algo usual a nivel internacional, y no existe nadie que considere que tales reclamos carecen de importancia. Por otro lado, de modo creciente se han vuelto objeto de una creciente ola de escepticismo teórico y suspicacia política. Tal circunstancia hace que la tarea de clarificar el concepto de derechos humanos, evaluar su contenido y argumentar su justificación, sea importante y necesaria. Esta tarea es la que acomete Charles Beitz en la presente obra.

Con el fin de elucidar el concepto de derechos humanos presente en la práctica internacional, Beitz elabora un modelo según el cual los responsables primarios de la satisfacción de los derechos humanos son los Estados, y en el que la comunidad internacional aparece como garante. Adicionalmente, presenta un esquema de cómo debería justificarse el contenido específico de los derechos humanos y lo aplica a algunos casos controvertidos como son los derechos humanos de las mujeres, los derechos humanos en contra de la pobreza o el derecho humano a la democracia.

Acuerdos y desacuerdos

Cómo y por qué los juristas discrepan
Pau Luque Sánchez y Giovanni Battista Ratti (eds.)

El volumen recoge una serie de ensayos alrededor de la cuestión de los desacuerdos jurídicos. Su razón de ser responde sobre todo a dos tipos de inquietudes: por un lado, reunir en un único texto las aportaciones más relevantes, obra de los autores más prestigiosos y consolidados de la teoría del derecho contemporánea, acerca de los desacuerdos jurídicos; por otro lado, mostrar algunos de los nuevos caminos por los cuales esta cuestión podría transitar en un futuro próximo. Los ensayos que componen el volumen han sido divididos en cinco secciones temáticas: «Para una primera panorámica de los desacuerdos jurídicos», «El argumento del *less disagreement*», «Los desarrollos del debate alrededor del argumento del *disagreement*», «Fault-ment».

Esta colección está pensada para un público heterogéneo. Por un lado, tiene como potencial lector al docente o investigador de filosofía del derecho, así como al jurista académico o de profesión en general. Pero por otro lado, este libro ha sido concebido como un manual para estudiantes de un curso avanzado de filosofía del derecho, pues al debate sobre los desacuerdos jurídicos subyacen algunos de los problemas fundamentales de la teoría del derecho, como por ejemplo la conexión entre derecho y moral, la tesis de las fuentes sociales, el rol de la interpretación en la práctica jurídica o el estatuto lógico de las reglas últimas del sistema jurídico. Este abanico de cuestiones es presentado de una manera analítica, ordenada y taxonómica, de forma que incluso aquellos que no están familiarizados con las cuestiones específicas que aquí se discuten puedan acceder con cierta celeridad al intrincado mundo teórico de las discrepancias jurídicas.

Neutralidad y teoría del derecho
J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreno y D. M. Papayannis (eds.)

Este libro reúne a algunos de los filósofos del derecho más importantes en las tradiciones anglosajona y continental. Se trata de la compilación de los artículos que estos autores presentaron en el Congreso «Neutralidad y teoría del derecho», que tuvo lugar en la Universidad de Girona en mayo de 2010. Aunque el libro aborda muchos de los debates filosóficos actuales, la pregunta principal en torno a la cual se articula es si la teoría del derecho puede ser neutral. Esta obra ofrece un análisis general de la conexión entre el derecho y la moral y la posibilidad de determinar el contenido del derecho sin apelar a argumentos normativos; en el aspecto metodológico, examina el tipo de proyecto que actualmente desarrollan los filósofos del derecho; estudia los diferentes enfoques para teorizar acerca de la naturaleza o el concepto de derecho, el rol de análisis conceptual y las propiedades esenciales del derecho. Asimismo, arroja luz sobre lo que puede aprenderse del estudio de las propiedades no esenciales del derecho. Finalmente, analiza la naturaleza de los enunciados jurídicos y sus valores de verdad. Sin duda, este libro permitirá al lector avanzar significativamente en la comprensión de la práctica jurídica.

El gobierno de las normas
Giovanni Battista Ratti

Este libro recoge una serie de estudios que, desde una perspectiva realista, afrontan algunos de los problemas más discutidos en el debate iustitico contemporáneo. En varios de los escritos el autor presenta nuevas estrategias de análisis de tales cuestiones. El volumen está compuesto por cuatro partes. En la primera se examina la dependencia del carácter sistemático, atribuido al derecho, de las operaciones del derecho que pretenden explicar el fenómeno de la sistematicidad del derecho. La segunda parte se interroga acerca de las posibles relaciones entre derecho y lógica; relaciones que han sido reconstruidas, alternativamente, como el «gobierno» del derecho sobre la primera, arguyendo que, en el ámbito jurídico, la «corrección» de las inferencias con normas, realizadas por los juristas, no depende de la preservación de algún valor semántico, sino de las «prácticas interpretativas e inferenciales» difusas entre los operadores del derecho. La tercera parte trata el problema de la derivabilidad de las normas como medio de explicación de distintos fenómenos jurídicos: el diverso tratamiento lógico al que se someten las normas, la separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser, la identificación y la solución de las antinomias, los desacuerdos entre juristas, entre otros. Al mismo tiempo, esta parte analiza las cuestiones que surgen de entender las fuentes jurídicas como totalmente moldeables (y, por ende, las normas como generalmente derogables) a la luz de su (presunta) corrección o incorrección moral, y del querer formalizar dicha propiedad mediante sistemas lógicos divergentes de los sistemas de lógica clásica. La cuarta parte, finalmente, concierne al «universo de lo normativo». Una tarea fundamental para los teóricos del derecho, sobre todo de la era moderna, ha consistido en hallar un método para distinguir, en el seno de dicho universo, lo jurídico de lo no jurídico. Esta parte del libro concentra la atención en los problemas conceptuales vinculados a dichos intentos de demarcación del ámbito de lo jurídico.

Las paradojas de la acción

Una introducción a la teoría de la acción humana desde el punto de vista del derecho y de la filosofía

Daniel González Lagier

¿Qué es una acción? ¿Y una omisión? ¿Podemos hacer varias acciones con un único movimiento corporal? ¿Se pueden contar las acciones? ¿Cómo podemos averiguar las intenciones de los demás? ¿Cuándo se nos puede imputar una acción no intencional? Este libro pretende sugerir respuestas a preguntas como estas (o, al menos, proporcionar herramientas conceptuales para encontrarlas), y está dirigido a quienes —desde el campo de la ética, el derecho o la filosofía— estén interesados en las principales concepciones (filosóficas y jurídicas) de la acción y en el análisis de su estructura.

Pensar como un abogado
Una nueva introducción al razonamiento jurídico

Frederick Schauer

Este libro trata sobre pensar y razonar. Más específicamente, sobre las maneras de pensar y razonar y los métodos argumentativos de los abogados y los jueces, que pueden o no ser diferentes de las maneras de pensar y razonar y de los métodos argumentativos de las personas comunes. El que los abogados piensan, razonan y argumentan distinto de la gente común es una pregunta, no un axioma. No obstante, ciertas técnicas de razonamiento se consideran características de la toma de decisiones en el derecho.

En la facultad de derecho típica, en especial en los Estados Unidos, los docentes creen que enseñar pensamiento y razonamiento jurídicos por sermones, o interactividad, en el proceso de instruir sobre materias sustantivas como derecho de daños, contratos, derecho penal, derechos reales, procedimiento civil y derecho constitucional. Pero en realidad se enseña mucho menos sobre el pensamiento y el razonamiento jurídicos de lo que los profesores usualmente creen. Y libro busca satisfacer estas necesidades y, al mismo tiempo, ofrecer a los abogados y estudiantes de derecho algo en lo cual pensar —y estar o no de acuerdo— con relación a la mayoría de los temas que aborda.

Estándares de prueba y prueba científica

Ensayos de epistemología jurídica

María del Carmen Vázquez Rojas

Este libro es fruto de un taller, con el mismo título, organizado por el grupo de investigación de filosofía del derecho de la Universitat de Girona. En él se reunieron algunos de los mejores especialistas internacionales para analizar, desde la perspectiva de la denominada «epistemología pericial-científica», los problemas probatorios que giran en torno a los estándares de prueba y la prueba devaluada mantenidos en el encuentro de Girona. El hilo conductor de todos ellos es la pretensión de someter a criterios racionales la práctica y la valoración de la prueba en el proceso judicial. ¿Qué son los estándares de prueba? Además de responder a esta importante cuestión, escaradamente abordada en nuestra tradición jurídica, se discuten también otros temas relacionados e incluso dependientes del grado de prueba requerido en un proceso judicial: la valoración de las penas en materia penal, el segundo gran tema gira, en torno a los problemas que afronta el juzgador de los hechos para valorar una de las pruebas actualmente en boga: la pericial-científica. Contexto en el que es referencial indispensable un caso hito en el tratamiento judicial de este tipo de elementos, *Daubert v. Merrell Dow*. Por supuesto, tal como los propios autores sostienen, habrá que considerar las especificidades del contexto procesal en cuestión y la necesidad de tener más información empírica sobre este tipo de conocimientos.

