

CRITERIO Y CONDUCTA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURISPRUDENCIALES
Y DE PROMOCIÓN Y DIFUSIÓN DE LA ÉTICA JUDICIAL

NÚM. 13
Enero-Junio 2013

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
México

RACIONALIDAD Y SENTIDO COMÚN EN EL PROCESO: LOS ESTEREOTIPOS EN LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

Josefa Dolores Ruiz-Resa*

1. Introducción

Durante el interrogatorio a familiares de los fallecidos en el atentado que cometió ETA en la terminal 4 del aeropuerto de Barajas, en Madrid, el Magistrado pareció perder la paciencia, especialmente, con la madre de uno de ellos y le gritó en varias ocasiones. Las preguntas que le hacía iban dirigidas a determinar en qué medida su hijo era el sustento de la familia, a

* Doctora en Derecho y Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. Como investigadora, su tesis sobre los derechos sociales durante el Franquismo fue premio extraordinario de la Facultad de Derecho de Granada y está publicada por la editorial Comares. Tiene también diversas publicaciones sobre derechos humanos, participación, representación y educación políticas, metodología jurídica e historia del pensamiento político, en especial, sobre el liberalismo social, en revistas nacionales e internacionales, y como capítulos de libros. Ha editado el libro "John Stuart Mill y la democracia del siglo XXI" y, junto a Manuel Escamilla, el libro "Utilitarismo y Constitucionalismo: la ocasión de 1812". También ha participado en la elaboración de diversos informes para el Consejo General del Poder Judicial español sobre la aplicación de la ley española de igualdad y sobre el sexismo en el lenguaje jurídico. E-mail: jruizr@ugr.es

fin de cuantificar el importe de la indemnización que recibiría por su muerte. La mujer, que era de etnia amerindia, titubeó en varias ocasiones, no sabiendo precisar si su hijo era o no el sustento de la unidad familiar. ¿Se había asegurado antes el Magistrado de que esta persona entendía su pregunta? ¿Se trata simplemente de una persona con mal genio o proyectaba tal vez algún estereotipo racial, de clase o en torno a las mujeres? ¿Influye una actitud semejante hacia los testigos en la forma en que serán valorados estos testimonios?

Muchos y muchas juristas pensarán que la actitud del Magistrado fue del todo improcedente y carente, por lo demás, de sensibilidad, teniendo en cuenta que se trataba de la madre de una de las víctimas del atentado terrorista. Aparte de lo reprochable de esta situación, ¿qué consecuencias podemos extraer, si pensamos que estamos en una fase en la que se trata de determinar si se dan los hechos subsumibles en el supuesto de hecho de alguna norma jurídica? ¿Es suficiente seguir trabajando en torno al ideal del silogismo, como razonamiento lógico que garantiza por sí mismo la validez o corrección –y por tanto la objetividad– del proceso de decisión judicial, sin tener en cuenta cómo los estereotipos, los prejuicios o las tradiciones pueden modular las premisas de ese razonamiento? Tratar de responder a estos interrogantes, que tantas implicaciones tienen para principios como la justicia, la igualdad pero también la seguridad jurídica, exige tener en cuenta, como paso previo, qué problemas se han detectado en torno a la delimitación y funcionamiento del silogismo judicial, pero también, los problemas en torno a las teorías sobre la verdad en el proceso, la exigencia de motivación de las decisiones judiciales y los criterios que deben seguir los Jueces en la valoración de la prueba. En realidad, todos ellos son aspectos que se dirigen a garantizar la objetividad racional en el conocimiento de los hechos, al margen de las inclinaciones subjetivas de los operadores jurídicos. La cuestión es si realmente lo están consiguiendo, y con qué alcance.

Así, y en primer lugar, la idea de silogismo judicial ha contribuido a dotar de racionalidad objetiva al proceso de decisión de un caso, lo que, a su vez permitiría cumplir con la exigencia de imparcialidad que está en la base de la justicia, como valor característico del Derecho, y con el principio de seguridad jurídica, tan caro a la visión racional del Derecho que se inicia en la Ilustración y transmite el positivismo jurídico. Pero parece que las premisas de ese silogismo, ni surgen por ensalmo ni siguiendo únicamente criterios o métodos científicos o lógicos, circunstancia que es especialmente reseñable en relación a la premisa fáctica o premisa menor, esto es, la que se refiere a la determinación de los hechos ocurridos y que van a ser objeto de una solución jurídica. Precisamente, para Alf Ross era erróneo considerar que la decisión judicial consiste en la inferencia lógica de una conclusión a partir de dos premisas: una mayor, la proposición de Derecho, y otra menor, que es la proposición de hecho. Si así fuera, sostenía, no serían necesarios los Jueces. Por el contrario, su papel consiste, según Ross, en determinar la segunda premisa de esa inferencia, es decir, la relativa a los hechos, la cual no equivale, en su opinión, al reconocimiento teórico de la verdad sino a una decisión que se toma sobre el fundamento del uso de la lengua, en relación a una serie de consideraciones prácticas de carácter teleológico.¹

En cualquier caso, sobre si la actividad probatoria conduce a la determinación o no de la verdad de los hechos es un asunto polémico que enfrenta diversas posturas que se sustentan, a su vez, en diferentes visiones de la finalidad del proceso: por un lado, están quienes sostienen que esta finalidad es la determinación de la verdad, postura propia de las concepciones cognitivistas de la prueba que descansan en el objetivismo entendido como correspondencia con un mundo independiente del sujeto que conoce; por otro lado, están quienes piensan que la finalidad del proceso es la resolución de un conflicto,

¹ Vid. ROSS, Alf: "Les impératifs et la logique" en *Introducción à l'empirisme juridique (textes théoriques)*, traducción al francés Eric Millard y Elsa Matzner, LGDJ, París, 2004.

lo cual es defendido por las concepciones persuasivas de la prueba, que se sustentan en el constructivismo, y para las que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor. Pero, de igual manera, el problema de si la actividad probatoria conduce o no a la determinación de la verdad de los hechos también puede ser contemplado, y respondido de diferente forma, desde las diversas concepciones de la verdad que se puede alcanzar procesalmente: en este punto, y partiendo del presupuesto de que tanto los discursos científicos como los judiciales son discursos lingüísticos, y de que la verdad se entendería entonces como una propiedad de ciertos enunciados, cabe distinguir entre las teorías semánticas de la verdad como correspondencia de esos enunciados con la realidad, las teorías sintácticas de la verdad como coherencia, donde se exige que el enunciado se inserte en un conjunto coherente de enunciados, y las teorías pragmatistas de la verdad, donde se atiende al cumplimiento de una finalidad o a su aceptación.²

Así pues, podemos concluir que la determinación de la verdad de los hechos en el proceso no es un asunto fácil ni tiene un tratamiento unitario en la epistemología.

Por otra parte, debe también tenerse en cuenta que la exigencia de motivar las sentencias, que se da actualmente en muchos sistemas jurídicos³ permite garantizar que personas con mal genio y otros vicios o defectos de carácter puedan no obstante desarrollar una resolución del caso conforme a Derecho. Precisamente, esta exigencia de motivación que poco a poco se ha ido asentando fue la que permitió, a juicio de Jorge Malem, desconectar el carácter y personalidad de los Jueces de su trabajo, aunque parece difícil de garantizar

² Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2a. edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 48 y ss.

³ Así ocurre, por ejemplo en el Derecho español, donde la Constitución de 1978 recoge esa exigencia en su artículo 120.

que una persona con estereotipos raciales o de género no termine reflejándolos en su trabajo.⁴ Sin embargo, la exigencia de motivación no evita, como apunta Gascón Abellán, la existencia de ciertas zonas de penumbra, que, sostenidas por una amplia tradición que atribuía al arbitrio judicial el ámbito del juicio de hecho, actualmente descansa (al menos en relación al sistema jurídico español) en la habitual interpretación jurisprudencial y doctrinal del principio de inmediación, o en la figura jurisprudencial de la valoración o apreciación conjunta de la prueba⁵

Parece evidente, en cualquier caso, que las diversas actuaciones dirigidas a determinar los hechos en Derecho (entre las que podemos distinguir las

⁴ Cfr: MALEM SEÑA, Jorge, "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, Universidad de Alicante, Alicante, 2001, pp. 379-403. Malem apunta cómo en la evaluación de los hechos asistimos a un "derrame ideológico" (*Ibidem*, p. 400). Nos recuerda también que con la paulatina exigencia de motivación de las sentencias, que garantizarían que se decida conforme a la ley y no conforme a las convicciones personales, estas convicciones dejan de ser causa de abstención o de recusación. El Juez no tiene por qué ocultar su ideología o sus preferencias, que pueden estar más o menos argumentadas racionalmente (*Cfr. Ibidem*, p. 387). Para Malem, no es fácil tampoco que un Juez tenga una doble vida (*Cfr. Ibidem*, p. 394) y, por lo tanto, y teniendo en cuenta que el sistema jurídico le permite decidir según su "íntima convicción", habría que tener muy en cuenta si la ideología que profesa o los estereotipos o juicios de valor que tiene son o no anticonstitucionales, lo que ocurriría si perteneciera a alguna asociación antidemocrática o anticonstitucional, ya que en tal caso, deberían ser apartados de la carrera judicial. Pero, ¿y si esa ideología no es tan explícitamente antidemocrática o anticonstitucional?

⁵ Cfr: GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos...*, *op. cit.*, pp. 194-199. Gascón señala cómo en la jurisprudencia del Tribunal constitucional español, que ha realizado importantes esfuerzos para abrirse a la motivación, la inmediación o intervención personal y directa (esto es, inmediata) del Juez en la práctica de la prueba, sigue considerándose como la condición inexcusable de la libre valoración, en tanto permite fundar al Juez su convicción en la impresión inmediata recibida. De esta forma, el Juez es dueño de su valoración. Pero, según Gascón, la inmediación expone al Juez a factores emocionales o irracionales sobre los que va a fundar su íntima convicción y, por lo tanto, su decisión, que de esta forma, no va a ser controlada, ya que permite que queden ocultas las intuiciones de los Jueces, y con ellas, las representaciones socio-culturales –estereotipos, prejuicios, etc.– en que aquellas pueden descansar. Otro tanto sucede con la apreciación conjunta de la prueba, en el proceso civil, como se desprende de cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que ha llevado a quitar valor probatorio a los documentos aprobados en el proceso, bajo la consideración de que, ante el exceso de trabajo, se posibilite una declaración genérica de hechos probados, sin razonar los motivos ni las fuentes mediante los cuales se ha obtenido esa prueba.

dirigidas a la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas, que nos lleva a la cuestión de qué pruebas son admitidas en juicio; las de valoración de los elementos de juicio o pruebas, momento en el que se le otorga a las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación; y las que se dirigen a la adopción de la decisión sobre los hechos probados),⁶ son actuaciones que están determinadas, cuanto menos, por:

- a) los métodos del conocimiento utilizado en la práctica de las pruebas (métodos que corresponden a las variadas ciencias o disciplinas en cuyo marco se desenvuelven esas pruebas);
- b) los métodos de la evaluación racional de la prueba (entre ellos, el de la escuela de Pascal y Bayes de la probabilidad y la incertidumbre, el de la escuela Bacon/Mill/Cohen de la probabilidad inductiva, el de la escuela Schafer/Dempster de las creencias no aditivas, el de la escuela de Zadeh de la probabilidad y la inferencia fuzzy, y el de la escuela escandinava del valor probatorio);⁷ y
- c) las normas jurídicas, (entre ellas, las que se dirigen a la protección de ciertos valores jurídicos, y que, en ocasiones, incluso obstaculizan el conocimiento de los hechos durante el proceso).⁸ Porque los hechos

⁶ Vid. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, prólogo de Larry Laudan, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 41-49 y 91. Se trata de una distinción que opera a efectos expositivos, como reconoce Ferrer Beltrán, ya que las actuaciones que implican cada una de las partes suelen desarrollarse de manera simultánea, en muchos casos. Para Nieva Fenoll (Vid. NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 30) debe descartarse que haya momentos separados, pues el Juez valora mientras escucha, por ejemplo, a los testigos, ya que las actividades de comprensión y valoración son simultáneas, y si en el mundo de las ideas puede distinguirse entre valorar e interpretar, en la realidad de la mente humana no se da esa distinción.

⁷ Vid. FERRER BELTRÁN, J., *La valoración...*, *op. cit.*, p. 97, n. 65.

⁸ Así lo resalta GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, *op. cit.*, pp. 125-137. De manera específica Gascón Abellán (vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Prueba científica: mitos y paradigmas", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, Universidad de Granada, Granada,

en el proceso no son parte de una realidad objetiva trasladada, sino más, al mundo jurídico, sino que son eso que se llama "hechos probados", esto es, metamorfoseados por el propio derecho en realidad jurídica también. En otras palabras, son hechos institucionalizados, porque su existencia, como nos dice Searle, presupone la existencia de ciertas instituciones humanas, y los hechos institucionales sólo pueden explicarse satisfactoriamente a través de las reglas que los constituyen.⁹

Pero estos momentos de la actividad probatoria pueden estar también mediatizados por la presencia de una serie de creencias, tradiciones, juicios de valor,¹⁰ o prejuicios y estereotipos. Gascón Abellán¹¹ apunta que es pacíficamente admitido que hay factores *subjetivos* en la valoración de los hechos, aunque esto no significa, en su opinión, que haya que abdicar a la búsqueda de una verdad objetiva en el proceso. No obstante, creo que es necesario prestar más atención a esos factores, que pueden explicarse como emanación

2010, pp. 81-103) analiza cómo incluso en la tarea de valoración de una prueba científica que requiere una metodología especial, como la prueba del ADN, el proceso no es científico sino normativo: la que es científica es la actividad de elaboración de la prueba, que es lo que realizan los científicos, pero no la valoración que de la misma hace un Juez o Jueza en el proceso, ya que esta última actividad se dirige a determinar si un hecho se considera probado o no, pero teniendo en cuenta también un método de conocimiento que es el determinado por las propias normas jurídicas, las cuales establecen presunciones o teorías y conceptos jurídicos que enmarcan el proceso valorativo, si bien todos ellos se basan también en una cierta racionalidad.

⁹ Cfr. SEARLE, John, *Actos del habla: Ensayo de filosofía del lenguaje*, 2a. edición, trad. L. M. Valdés, Cátedra, Madrid, 1986, p. 60

¹⁰ En este trabajo se toma la expresión *valor* en un sentido socio-cultural y psicológico, en cuanto emana de las comunidades sociales, como parte de un conocimiento informal y tradicional (previo a, o al margen de, su posible racionalización ético-filosófica o argumentativa), que es transmitido por la comunidad en que se nace y vive. Un análisis de la presencia de los valores en las decisiones judiciales y de la necesidad de establecer criterios racionales, siguiendo las aportaciones de las teorías de la argumentación jurídica (en especial MacCormick, Alexy y Aarnio) y también de la filosofía moral (Baier, Nowell-Smith, Toulmin, Richards, Frankena, Rawls o Brandt) se encuentra, por ejemplo, en ITURRALDE, Victoria, "Justificación judicial y valoraciones", *Isegoría*, No. 35, julio-diciembre, 2006, pp. 207-220.

¹¹ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, *op. cit.*, p. 38.

de un tipo de conocimiento, el *sentido común*, que no se debe sólo al sujeto que conoce sino que se reproduce y transmite a través de la comunidad a la que se pertenece. Lo utilizamos muchas veces de manera inconsciente, también los Jueces, a pesar de su formación técnico-jurídica.

El *sentido común* se refería, según los romanos, al hábito, el gusto, y el modo común de hablar y vivir. Para Vico era un juicio sin reflexión, compartido por un grupo humano más o menos extenso. Para la Escuela escocesa, representaba las creencias tradicionales que son comunes del género humano. Para Kant fue en cambio la facultad del sentimiento de juzgar acerca de los objetos en general. Posteriormente, John Dewey incluyó en él, además de las tradiciones, las ocupaciones técnicas, los intereses y las instituciones establecidas por un grupo. No obstante, frente a las concepciones negativas del sentido común, Moore defendió la verdad del conocimiento que proporciona, el cual implica una concepción cotidiana de la realidad. Por esa razón, la función de la filosofía no es demostrar su verdad o falsedad sino explicar cómo conocemos.¹² Para la psicología social del siglo XX, el sentido común sería el conjunto de conceptos, afirmaciones y explicaciones que tienen su origen en las comunicaciones interindividuales de la vida cotidiana. Equivalen a los mitos y sistemas de creencias de las sociedades tradicionales. Lo consideran un pensamiento natural, por oposición al pensamiento científico, pero no inferior a éste, y entienden que se construye a través de experiencias, informaciones, conocimientos y modelos de pensamiento recibidos y transmitidos a través de la tradición, la educación y la comunicación social, lo que significa que se trata de un conocimiento socialmente elaborado.¹³

¹² Cfr. MOORE, G. E, *Defensa del sentido común y otros ensayos*, Taurus, Madrid, 1972. Creo que no deberíamos perder de vista esta sugerencia de Moore, como posible tarea para la filosofía jurídica.

¹³ Cfr. MOSCOVICI, S (comp.), *Psicología social, II. Pensamiento y vida social. Psicología social y problemas sociales*, vol. II, Paidós, Barcelona, 1985.

A pesar de las diversas concepciones sobre el sentido común, buena parte de ellas lo conectan con un conocimiento diferente del (aunque no siempre inferior al) racional-especulativo (especialmente el científico) y más cercano a la tradición, los juicios de valor y los prejuicios o estereotipos. Remite, pues, a un tipo de conocimiento no formalizado, más bien espontáneo y disperso, y basado en convenciones sociales, que convive con las consideradas como formas racionales de conocimiento, teórico o práctico, entre ellas, el jurídico.

Sin embargo, no se ha prestado demasiada atención a la forma en que se influyen recíprocamente el sentido común y el conocimiento jurídico. Por esa razón, y sin que ello implique aceptar su defensa (sino más simplemente su presencia inevitable), no deberíamos perder de vista la sugerencia de Moore, como posible tarea, en este caso, para la filosofía jurídica. Un modesto y limitado intento de contribuir a esta tarea es lo que se pretende con este trabajo, cuya justificación descansa en la necesidad de llamar la atención sobre la posible presencia de prejuicios y estereotipos que afectan a determinados colectivos tradicionalmente marginados, subordinados o excluidos, con base en ciertas características como su raza, género, orientación sexual o clase social (y no sólo individualmente considerados sino combinados también). Estos estereotipos y prejuicios representan y se expresan, además, según una cultura hegemónica, que basa su hegemonía en la subordinación, marginación o exclusión de esos grupos.¹⁴

¹⁴ A este respecto, entiendo, siguiendo a Schauer, que los estereotipos y prejuicios que pueden estar presentes en eso que se viene llamando sentido común y que son empero rechazables se refieren a generalizaciones que no son estadísticamente sólidas, o que siéndolo, se usan irracionalmente, bien porque aun siendo generalizaciones empíricamente sólidas, se aplican para producir algo que no nos interesa, o bien porque se aplican a algo que nos interesa, pero respecto a lo cual son generalizaciones no empíricamente sólidas. *Cfr.* SCHAUER, Frederick F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Harvard University Press, USA, 2003, pp. 15-19 y 132 y 133.

Para desarrollar este análisis sobre la presencia de estereotipos y prejuicios incluidos en el sentido común me referiré, en primer lugar, a momentos y actuaciones dentro de la determinación procesal de los hechos en los que puede detectarse su presencia, con especial referencia a la prueba. Después analizaré cómo esta presencia se posibilita también a través de las alusiones que hacen la legislación, la jurisprudencia, o los análisis teóricos en torno a este tema, a la verosimilitud y a la plausibilidad como criterios para valorar ciertas pruebas, por ejemplo, la testifical, ya que esos criterios convocan la presencia del sentido común y, con él, la dimensión socio-cultural y retórica de los enunciados en torno a las pruebas. Por último, expondré unas breves conclusiones.

El presupuesto de este análisis es, a pesar de las numerosas dificultades para alcanzarla, una visión cognitivista-crítica de la verdad que se puede hallar en el proceso,¹⁵ la cual es entendida como correspondencia con la realidad, pero que admite, no obstante, las dificultades para lograr este objetivo, y que considera que una de las razones para ese logro tiene que ver con no prestar más atención a la presencia de prejuicios y estereotipos en la labor de valoración de los hechos. Lo que ocurre es que tomarlos en cuenta obliga a un acercamiento hacia las concepciones sintácticas y pragmáticas de la verdad. En cualquier caso, y como apunta González Lagier, una concepción semántica de la verdad como correspondencia no tiene por qué estar reñida con una concepción sintáctica de la verdad como coherencia desde un punto de vista lingüístico, ni ser contraria tampoco con una concepción pragmática de la verdad, según la cual una teoría es verdadera según sirva para explicar ciertos fenómenos y predecirlos y sea aceptada por la comunidad en que se emite. Y es que estas teorías aportan síntomas o indicios que sirven para determinar que un determinado enunciado se corresponde con la realidad, teniendo en cuenta, como hay que tener, que la verdad a la que se refieren los hechos es una verdad que

¹⁵ Esta es defendida por ejemplo por algunos de los estudiosos más representativos de este tema como Michele Taruffo, Marina Gascón Abellán, Daniel González Lagier o Jordi Ferrer Beltrán.

ya ha pasado (una verdad histórica), y los Jueces no podrán nunca conocerla directamente sino a través de síntomas o indicios.¹⁶ Estas otras concepciones sintácticas y pragmáticas de la verdad atienden más a la dimensión socio-cultural del conocimiento humano, y a la importancia que en su conformación tienen, por lo tanto, elementos socio-culturales que, como los estereotipos y los prejuicios, los valores o las tradiciones que conforman el sentido común, pueden compartir la ciudadanía media, quienes se dedican a la ciencia y quienes como operadores jurídicos se dirigen a valorar si un hecho está probado o no.

Obviar estas cuestiones podría significar, por otra parte, no tener en cuenta las aportaciones del giro lingüístico a la epistemología de la ciencia y a la influencia que tiene el lenguaje, en su dimensión semántica pero también sintáctica y pragmática, sobre el conocimiento humano.¹⁷ Tampoco se puede

¹⁶ Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra editores, Lima, 2005, pp. 37 y ss.

¹⁷ Como sostiene Jesús Martínez García (*La imaginación jurídica*, Debate, Madrid, 1992, pp. 39 y ss.) la despreocupación por los hechos no ha sido sólo algo típico del saber jurídico. También la ciencia ha sido muy cándida en su tratamiento. Todo ello se debe a la falsa creencia en un rasgo de objetividad y neutralidad auto-atribuido por todos estos saberes, que creían acercarse a la realidad de manera totalmente aséptica, desapasionada y desprejuiciada. Como si los hechos estuvieran *ya dados* y sólo hubiera que tomarlos sin más. Ya Max Weber advirtió que, por lo que respectaba a las ciencias sociales, los hechos presentaban distintas estructuraciones posibles, de las que se podrían dar distintas versiones. Parece que los hechos son, ellos mismos, algo artificial, y no se pueden dar por supuestos, como suele hacer el empirismo. Este cree que el mundo se compone de hechos y que el pensamiento científico simplemente los descubre. Actualmente, se va más allá de este objetivismo empírico ingenuo y se sostiene, como hace Knorr-Cetina, que "el problema de la facticidad no es externo a la ciencia, sino interno al conocimiento mismo". En realidad, podría decirse, como hace Martínez García, que la facticidad es artificial puesto que se construye a través de una ciencia que es experta en seleccionar y relacionar, y en donde las causas y los efectos son construcciones, como ya sostenían, por ejemplo, Hume o Kant. De esta forma, los hechos *no pueden* hablar por sí mismos, porque no son susceptibles de describirse (y desde luego, no ellos mismos) fuera de un contexto y de un modo de observación. Por el contrario, los hechos presentan cierta elasticidad, y de lo que son susceptibles es de ser objetos de comunicación, de discusión, de evaluación. Entre hechos y teorías hay siempre una relación de adaptación recíproca, de manera que los experimentos y los modelos no son ni reflejos ni simples copias de la realidad llevadas al laboratorio, sino simulaciones y producciones de la misma. Pero, podríamos añadir, siguiendo a Moscovici y Hewstone, que también el sentido

olvidar la dimensión retórica y dialéctica que tienen los procesos judiciales, incluso considerados como procesos de conocimiento dirigidos a la averiguación de la verdad de los hechos como correspondencia. Por lo demás, estas dimensiones dialéctica y retórica no sólo caracterizan los procesos judiciales sino también todos los procesos cognitivos humanos, incluidos los científicos, en cuanto se desarrollan en una determinada comunidad, la científica, pero también tiene unas finalidades así como unos condicionamientos socio-económicos y éticos que afectan a su estructura, financiamiento, condiciones de trabajo, etc., y que son determinados por comunidades socio-políticas más amplias.

Sólo un cognitivismo ingenuo, como nos recuerda González Lagier, no tendría en cuenta los problemas de percepción de los hechos, debidos, por ejemplo, a las limitaciones de nuestros órganos sensoriales, la posibilidad de sufrir alguna ilusión o alucinación, la condicionalidad mutua entre la percepción de los hechos y su interpretación, que se hace según los conceptos, categorías, teorías, máximas de experiencia, recuerdos –y añadamos, valores, estereotipos, prejuicios o tradiciones, que constituyen en muchos casos un conocimiento pre-racional o no racional-científico o empírico–, y los problemas de interpretación (dado que las interpretaciones dependen de la cultura, los conocimientos o los recuerdos). Es por estas razones por las que, nos dice González Lagier, la verdad es una verdad relativa a una red de conceptos y, por tanto, en este sentido, contextual, que obliga al cognitivista crítico a un riguroso análisis que determine en qué medida los hechos son independientes y en qué medida construcciones del observador.¹⁸

común interviene, en la medida en que no sólo incorpora versiones profanas o vulgarizadas del conocimiento científico sino en la medida en que también constituye el sustento en el que la ciencia puede ser ideada. Cfr: MOSCOVICI S. y HEWSTONE, M, "De la ciencia al sentido común", en MOSCOVICI (comp.), *Psicología...*, op. cit., p. 685.

¹⁸ Cfr: GONZÁLEZ LAGIER, D., *Quaestio...*, op. cit., pp. 37 y ss. Nieva Fenoll también se refiere, como finalidad del proceso probatorio, a la verdad en el sentido "vulgar" y no en el filosófico: cree que se ha perdido esta percepción de la misma, en los estudios al respecto y que

La contextualidad de la verdad es también señalada por Taruffo,¹⁹ uno de los principales defensores del cognitivismo crítico en la determinación de los hechos, al apuntar que debe tenerse en cuenta que el problema de la verdad queda circunscrito al contexto del proceso, de manera que hay que replantear la exigencia de la verdad a partir de la consideración de qué verdad de los hechos puede alcanzarse en el ámbito del proceso y cuándo, en qué condiciones y mediante qué medios de prueba puede lograrse. Estamos pues ante una verdad referida a un contexto de experiencia caracterizado por reglas y exigencias institucionales particulares, que además, corresponde con lo que es un *lugar común* acerca de lo que deben ser los fines del proceso: ganar o perder una causa sobre la base de la demostración de la efectiva realidad de los hechos. Aunque sea un lugar común, no está infundado el juicio de Taruffo, sino que representa un elemento esencial del contexto procesal e introduce la exigencia de que se conjeture en el proceso la posibilidad de una correspondencia entre la determinación judicial de los hechos y los eventos del mundo real a los que la decisión se refiere.

Que la contextualidad de la verdad en el proceso no se agota en su carácter institucional sino que debería contemplarse también la influencia que en la misma tiene el sentido común, es algo que se reconoce en cierta forma cuando se afirma que la idea de verdad como correspondencia se ajusta a lo que *la gente* cree que debe ser la verdad.²⁰ Estamos, pues, ante una idea plausible de verdad, sustentada sobre un *lugar común*, donde la consideración de que

esta circunstancia ha dado lugar a la enorme disparidad que existe en los estudios doctrinales al respecto. *Vid.* NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 24.

¹⁹ *Cfr.* TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, con presentación de Daniel González Lagier y Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, pp. 168 y ss.

²⁰ Así lo sostiene GONZÁLEZ LAGIER, D., *Quaestio...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss., y NIEVA FENOLL, J., *La valoración...*, *op. cit.*, p. 24, quienes coinciden en que los enfoques doctrinales sobre los hechos en el proceso son muy dispares porque se ha perdido de vista la perspectiva de persecución de la verdad, en la medida de lo jurídico y lo humanamente posible, pero entendida la verdad como concepto vulgar y no filosófico.

no se puede adoptar una idea de verdad que vaya en contra de lo que la gente cree que ésta debe ser, nos lleva, una vez más, a la importancia de esos esquemas mentales socio-culturales que constituyen el sentido común, y que son contenidos cognitivos informales compartidos por los miembros de una determinada comunidad. Se introduce así el sentido común en el corazón mismo de la idea de verdad en el proceso, pero de contrabando, también pueden penetrar los estereotipos y prejuicios.

2. Marcos mentales culturales y proceso judicial: el sentido común en la prueba de los hechos

A través de diversos estudios, la etnometodología ha mostrado cómo los referentes normativos culturales de una sociedad influyen en todo tipo de conocimiento, también el científico, por cuanto mediatizan la forma en que se seleccionan y procesan los datos.²¹ Una de las aportaciones más interesantes de esta corriente, cuya figura más influyente fue Harold Garfinkel, es la idea de que el conocimiento científico no está separado del llamado "sentido común". Su punto de partida fue la obra de Alfred Schutz, para quien el mundo social se interpreta a través de categorías y construcciones propias del sentido común, el cual se origina en la sociedad.²² A partir de estos presupuestos, la investigación etnometodológica se dirigió a estudiar procedimientos burocráticos de toma de decisiones aplicados al proceso jurídico, y, específicamente, se centraron en las prácticas organizativas y en el proceso mismo de definición. Así, en los años sesenta, David Sudnow mostró de manera muy detallada cómo las concepciones del sentido común sobre los delinquentes típicos y los modelos de delitos que tenían los abogados públicos en

²¹ Una visión de esta corriente, y de sus representantes, puede hallarse en HERITAGE, J. C., "Etnometodología" en GUIDDENS, A. TURNER, J. et. all., *La teoría social hoy*, versión española de Jesús Alborés, Alianza, Madrid, 1990, pp. 290-350.

²² Schutz defendió a lo largo de numerosos escritos, como *The social World and the Theory of Social Action*, que el conocimiento humano debía tratarse en la teoría de la acción.

California determinaban el modo en que se desarrollaba la negociación sobre la pena, si el delincuente se declaraba culpable; concretamente analizó sobre qué concepciones se determinaba si era adecuado o no llevar a cabo esa negociación.²³ Otro ejemplo fueron los estudios sobre la valoración de las estadísticas oficiales como guías de investigación, como el que llevó a cabo Douglas, y el de Atkinson sobre la investigación del suicidio. Ambos llegaron a la conclusión de que los juicios de valor socio-culturales influyen en la construcción de esas estadísticas.

¿Podrían estos juicios de valor influir también en la decisión de instruir una muerte como un posible caso de homicidio o en considerarla un suicidio, no susceptible de reproche jurídico y, por lo tanto, en determinar el tipo de pruebas que se practicarían? En esta línea, y atendiendo también a los juicios de valor sobre el tipo de familia, Cicourel demostró que los funcionarios públicos relacionaban la delincuencia juvenil con el fracaso matrimonial de los hogares en que vivían los delincuentes, lo que determinó que los delitos cometidos por hijos de familias rotas se trataran con mayor dureza. También mostró cómo estos casos se incorporaban a las estadísticas sobre delincuencia que a su vez servían para justificar la actuación administrativa.²⁴

Estas investigaciones parecen abundar en los estudios del lingüista Georges Lakoff y del filósofo Mark Johnson, para quienes el ser humano, antes de pasar a la fase del razonamiento analítico (propio de la ciencia y la filosofía), utiliza metáforas y marcos mentales que pueden tener un carácter pre-científico. Según estos autores, tales marcos están incluso configurados físicamente en

²³ Cfr: SUDNOW, D., "Normal Crimes: Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender Office", *Social Problems*, 12, 3, 1965, pp. 255-275. Con posterioridad, surgieron estudios que analizaron el propio proceso de negociación: vid. MAYNARD, D *Inside Plea Bargaining: The Language of Negotiation*, Plenum, Nueva York, 1984.

²⁴ Vid. DOUGLAS, J., *The Social Meaning of Suicide*, Princeton University Press, Princeton, 1967; CICOUREL, A. V., *The Social Organization of Juvenile Justice*, Wiley, Nueva York, 1968; ATKINSON, J. M., *Discovering Suicide: Studies in the Social Organization of Sudden Death*, Macmillan, Londres, 1978.

nuestros circuitos neuronales y cuando los datos que recibimos no coinciden con ellos, lo que hace nuestro cerebro no es cambiar o abandonar esos marcos sino ignorar los datos.²⁵

Es posible, pues, que un operador jurídico utilice inconscientemente ese conocimiento que proporciona el sentido común en la actividad probatoria, lo que puede ocurrir en diferentes momentos de la misma. Veamos esta presencia del sentido común dirigiendo nuestra atención: 1o.) al tipo de hechos cuya prueba se valora; 2o.) a la forma en que se desarrollan las inferencias probatorias y 3o.) a las reglas y criterios que rigen la valoración de la prueba.

a. Tipos de hechos

En primer lugar, en la valoración o evaluación del apoyo empírico que prestan los elementos de prueba a los hechos que se pretenden probar, hay que tener en cuenta si el tipo de hecho que se quiere probar es susceptible siquiera de prueba empírica. Gascón recuerda que, básicamente, los hechos que interesan al derecho pueden ser

- a) hechos externos, que constituyen alteraciones producidas en el mundo sensible y que pueden percibirse mediante los sentidos;
- b) hechos internos o psicológicos, relativos a la esfera mental, la cual incluye las emociones, y se refieren a los motivos, intenciones o fines y también al conocimiento de un hecho;
- c) y hechos cuya constatación presupone un juicio de valor.²⁶

²⁵ Cfr. LAKOFF, G. y JOHNSON, M., *Metáforas de la vida cotidiana*, Cátedra, Madrid, 1986.

²⁶ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, *op. cit.*, pp. 75-82. González Lagier nos recuerda que, para la doctrina procesal y la jurisprudencia españolas, los hechos psicológicos no

Respecto a los dos primeros tipos, Gascón apunta que son hechos cuyo conocimiento se infiere indirectamente, a partir de otros hechos, y que pueden comprobarse mediante juicios descriptivos, sólo que la averiguación de los hechos psicológicos es más difícil, ya que su inferencia a partir de otros hechos externos (por ejemplo, disparar a alguien por la espalda, permite inferir una intención de matar) es más difícil que la inferencia relativa a los hechos externos, en la medida en que es más difícil de acreditar. Y a esta inferencia tampoco le son ajenos los estereotipos socio-culturales: por ejemplo, en el caso de una mujer que ha denunciado a su pareja por malos tratos, y que durante la fase de juicio oral presenta una versión de los hechos distinta a la que realizó en la fase de instrucción: ¿cabe inferir que miente en su versión de los hechos porque quiere vengarse de su pareja, o puede deberse a que al sufrir ese maltrato durante una situación de miedo y estrés no recuerde bien lo que pasó? Y si se retracta a lo largo del proceso, ¿cabe inferir que es porque considera que su posición se debilita, o porque no siente rencor sino lástima por la persona que, además, es con quien ha tenido sus hijos?

En cuanto a los hechos cuya constatación se basa en un juicio de valor, son aquellos que la norma sujeta expresamente a valoración (por ejemplo, cuando se prevé una agravación de la pena en los casos en que la violencia o intimi-

son susceptibles de prueba directa sino de prueba indirecta o de indicios, ya que las intenciones no son susceptibles de ser percibidas por los sentidos (verlas, oírlas, etc.). Lo que sí se percibe son otras conductas a partir de las cuales se infieren las intenciones. Se trata de un proceso que, a tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 20 de julio de 1990, consiste en "un procedimiento inductivo, que, por lo tanto, se basa en los principios de la experiencia general". Sin embargo, podemos decir que esta experiencia no siempre se muestra de manera racional, mediante una ley o principio científico sino que también se canaliza a través de ese conocimiento informal y socio-cultural que hemos llamado sentido común. Y con este fin, la jurisprudencia ha ido creando un catálogo de "indicios-tipo": por ejemplo, para inferir la receptación se considera indicio de la intención que el precio de adquisición sea notablemente inferior al valor real de la cosa, y para la distinción entre "animus necandi" y "animus laedendi", la idoneidad del arma usada o la importancia vital del lugar del cuerpo al que se dirigió el ataque, etc. Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, D., "La prueba de la intención y la explicación de la acción", *Isegoría*, n. 35, julio-diciembre, 2006, p. 174.

dación revista un carácter *particularmente degradante o vejatorio*, como hace el artículo 180.1 del Código penal español), y cuando la base empírica de la valoración está determinada de manera tan vaga que el supuesto de hecho de la norma consiste en sí mismo en un juicio de valor (por ejemplo, cuando la norma se expresa en términos tales como: "El que ejecutare o hiciere ejecutar actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena ...", según se recoge en el artículo 185 del Código penal español, donde no hay referencia a hechos externos para determinar de alguna forma en qué consiste, según la ley, una exhibición obscena).²⁷

Elvio Fassone propone que en los casos de supuesto de hecho legal en los que existen juicios de valor, el Juez se constituya "*en intérprete de un sentir común en torno a ciertos valores*",²⁸ lo que abunda en la idea de que en el proceso está presente un tipo de conocimiento no reconducible a la racionalidad científica. Pero ¿qué ocurre cuando esos juicios de valor descansan en estereotipos socio-culturales, o cuando impiden hacer a los operadores jurídicos conscientes de esos estereotipos, en situaciones en las que incluso la ley les obliga? Esta circunstancia puede ser especialmente grave cuando para determinar la conducta reprochable, la norma remite específicamente a la valoración de un estereotipo socio-cultural. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, según el cual constituye acoso por razón de sexo "cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo". A lo largo de esta ley y de las remisiones que la misma hace a otras normas internacionales y europeas así como a la

²⁷ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos...*, *op. cit.*, p. 79.

²⁸ FASSONE, Elvio, "Quaestio facti" en BESSONE, Mario, GUASTIN, Riccardo, (ed.) *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, CEDAM, Padua, 1994, pp. 315-321, especialmente p. 320. Cfr. tb. GASCÓN ABELLÁN M., *Los hechos...*, *op. cit.*, p. 81, n 111.

jurisprudencia que las ha venido desarrollando, se ha podido concretar en qué consiste esa conducta. Pero, en análisis realizados sobre la aplicabilidad de esta ley, se han encontrado confusiones que responden al desconocimiento de cómo operan los estereotipos, en este caso sexuales, en relación a los grupos a los que afecta, estereotipos que han conducido a su exclusión y desigualdad.²⁹

b. Inferencias probatorias

Según González Lagier, las inferencias probatorias pueden ser epistémicas o basadas en máximas de experiencia, normativas o basadas en presunciones e interpretativas o basadas en conceptos y teorías jurídicas.³⁰ En todos estos casos, también las inferencias se apoyan, de alguna manera, en estereotipos, prejuicios y otras representaciones socio-culturales. En primer lugar, la mayoría de las máximas de experiencia (concepto acuñado por Stein en 1893, en su libro, significativamente titulado *El conocimiento privado del Juez*),³¹ no responden a leyes científicas o a principios lógico-rationales de algún otro tipo, sino que también emanan del sentido común. De manera concreta, Taruffo apunta que se trata de conocimientos que expresan nociones del sentido común, cuyo único fundamento es que forman parte de la

²⁹ Vid. AA. VV, *Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Generalitat de Catalunya-Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada-Consejo General del Poder Judicial, Barcelona, 2011, y RUBIO CASTRO, Ana y GIL RUIZ, Juana M., *Dignidad e igualdad en derecho. El acoso en el trabajo*, Dykinson, Madrid, 2012.

³⁰ Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, D., *Quaestio...*, op. cit., pp. 55 y ss., incluye en esta inferencia los elementos que, según Toulmin, debe tener cualquier tipo de razonamiento, incluidos también los jurídicos, como por ejemplo, los que constituyen las inferencias probatorias: pretensión, razones, garantía y respaldo. En el caso de la inferencia probatoria, la pretensión es lo que se sostiene por alguna de las partes en el proceso, la razón que apoya la pretensión es el hecho o los hechos que den cuenta de que la pretensión es correcta, la garantía sería alguna regla o enunciado general que correlaciona el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión, y el respaldo es lo que permite apoyar la corrección o vigencia de esa regla.

³¹ Cfr. STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del Juez*, trad. A. de la Oliva, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

cultura del hombre medio en un cierto lugar y en un cierto momento. A veces consisten en vulgarizaciones de leyes lógicas o naturales, pero a menudo,

son toscas generalizaciones, tendencias genéricas, opiniones o prejuicios difundidos, en cuya base está la cultura del sentido común sin convalidación o confirmación alguna de tipo científico. En particular, incluso cuando expresan tendencias, frecuencias o prevalencias de ciertos fenómenos en determinados contextos, consisten en indiciones y criterios muy genéricos y vagos (...) Se trata en definitiva, de nociones útiles y significativas en sede de valoración de las pruebas, pero que tienen la irreductible característica –en la gran mayoría de los casos– de ser vagas y de no prestarse, por tanto, a cuantificación precisa alguna.³²

En cuanto a las inferencias presuntivas (legales o jurisprudenciales), cabe señalar el origen de ellas en conveniencias y costumbres sociales, como ocurre con muchas de las presunciones establecidas por el derecho civil: por ejemplo, la presunción de que el hijo nacido durante el matrimonio ha sido engendrado por el marido y no por otro varón. Un cambio en las costumbres sociales sobre las que se asientan las presunciones en materia de filiación y familia nos llevaría a otras nuevas presunciones.³³ Finalmente, y respecto a las inferencias interpretativas, muchos conceptos y teorías jurídicas sobre las que estas se realizan pueden descansar sobre estereotipos, prejuicios y tradiciones, como los relativos al sexo.³⁴

³² TARUFFO, M., *La prueba...*, op. cit., pp. 219 y 220. Por lo que se refiere a las vulgarizaciones de las leyes científicas, Moscovici describió la manera en que el sentido común permitía el paso y uso de conceptos y leyes científicas en las sociedades, estudiando cómo penetró el psicoanálisis en la sociedad francesa de los años cincuenta. Apuntó que se trataba de un proceso caracterizado por la objetivación (consistente en la selección y descontextualización de los elementos de esa teoría, la formación de un núcleo figurativo y la naturalización) y el anclaje. Vid. MOSCOVICI, S., *El psicoanálisis, su imagen y su público*, Huemul, Buenos Aires, 1979.

³³ Vid. PEÑA, Lorenzo y AUSÍN, Txetxu, "La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII, 2001, pp. 95-125.

³⁴ A este respecto, cabe señalar el rechazo que viene generando el concepto *género* entre amplios sectores de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia españolas, que dicen preferir el término *sexo*, a pesar de que diversas normas se refieren al género y lo consideran un término que sirve para aludir a los aspectos socio-culturales ligados al sexo biológico. Un ejemplo del

c. Criterios de valoración de la prueba

En relación a este aspecto, hay que tener presente que, actualmente, rige en la mayoría de los sistemas jurídicos el principio de libre convencimiento del Juez, frente al sistema de pruebas legales, que imponía al Juez absolver o condenar según estuvieran presentes o no ciertas pruebas. Sin embargo, es sabido que el libre convencimiento del Juez, como conquista de una visión racional e ilustrada del Derecho, condujo inicialmente a una actividad incontrolada. Actualmente, se intenta atemperar este descontrol remitiendo, por ejemplo, a las reglas de *la sana crítica, la lógica, o la razón de la experiencia*. Se trata de una necesaria labor de delimitación en la que concurren la legislación, la jurisprudencia y también la ciencia jurídica. En esta labor se analizan y ofrecen reglas más específicas para, por ejemplo, llevar a cabo un razonamiento probatorio objetivo³⁵ conformando, por ejemplo, estándares de prueba, que en alguna medida podemos encontrar tanto en los sistemas jurídicos del

rechazo al concepto de género puede encontrarse en algunas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Andaluza y de Castilla-León, en torno al concepto de género, que rechazan por considerarlo ideológico, en el sentido marxista del término, esto es, ocultador de la verdadera naturaleza humana. En su lugar prefieren hablar de sexo. Estas sentencias surgieron al hilo de las demandas de ciertos colectivos de padres que no querían que sus hijos fueran evaluados de las asignaturas de Educación para la Ciudadanía, en los diversos niveles en los que la reforma de la ley de educación de 2006 había dispuesto, porque entre sus contenidos se explicaban las diferencias entre sexo y género, y ellos entendían que la noción de género era ideológica y que atentaba contra su moral. Los Magistrados ignoraron la ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que recoge la distinción entre sexo y género y amplía el contenido de igualdad y el significado de discriminación, que no queda reducido a la expresión del artículo 14 de la Constitución –donde se utiliza la expresión sexo–, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal constitucional español, la normativa y jurisprudencia de los órganos de la UE y la normativa internacional ratificada por España. Una resistencia tan numantina en la utilización de la noción sexo con un significado diferente al que le da la propia normativa vinculante y la jurisprudencia (en el momento en el que estos Tribunales dictan esas sentencias, el Tribunal Supremo español ya había establecido una línea jurisprudencial, indicando que el género, concepto introducido por la Ley 3/2007 no era ideológico y su aprendizaje no conculcaba ningún derecho) puede tener entre sus posibles razones la persistencia de un estereotipo socio-cultural en torno al sexo y tal vez en torno también a los movimientos feministas. Un estudio de estas cuestiones, en RUIZ RESA, J.D., "Un análisis en torno a la educación para la ciudadanía y la ideología de género", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 91, septiembre-diciembre, 2011, pp. 193-229.

³⁵ Cfr. FERRER BELTRÁN, J., *La valoración...*, *op. cit.*, pp. 96 y ss.

Common Law como en los pertenecientes a la tradición de derecho romano-germánica: es el caso, para el proceso penal, de la *íntima convicción*, o el principio de *más allá de toda duda razonable* (*Beyond All Reasonable Doubt* o *BARD*), mientras que, en relación al proceso civil, el estándar es la *probabilidad prevaleciente*. Aquí estamos ante un trabajo de delimitación nada fácil, dado que no hay aún una definición clara ni mayoritariamente admitida acerca de qué es una *íntima convicción* o una *duda razonable*, por lo que, en opinión del epistemólogo Larry Laudan, no sólo fallarían como estándares objetivos de prueba, sino que, además, remitirían al *subjetivismo*.³⁶ Estas afirmaciones nos abocan al tema del que venimos tratando, esto es, la presencia de los estereotipos en el proceso judicial por la vía de la apelación al sentido común, al que finalmente remiten los criterios de valoración de la prueba. Analizaremos esta cuestión de la mano de destacados especialistas en este tema como Laudan, Taruffo, Gascón, Ferrer o Igartúa.³⁷ También se tendrán en cuenta las opiniones al respecto de Posner.

Concretamente, y en relación al BARD, Laudan apunta (a partir de sus observaciones del Derecho anglosajón y del Derecho mexicano) que en torno a la determinación de los estándares de prueba hay dos líneas y dos discursos: el de los juristas académicos, que tratan los estándares de prueba como si fueran probabilidades posteriores (probabilidades bayesianas, puntualiza

³⁶ Cfr. LAUDAN, Larry, "¿Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar?", *Doxa, Revista de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, pp. 95-113.

³⁷ En torno al trabajo de Laudan recogido en su texto, citado en nota de página anterior "¿Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar?", se desarrolló un debate doctrinal en el que participaron Taruffo, Gascón e Igartúa. Esta discusión, junto a una réplica de Laudan y con presentación de Jordi Ferrer Beltrán se encuentran en el mismo número de la revista *Doxa* (número 28, 2005), dentro de una sección monográfica especial que recoge ese debate, mantenido en una mesa redonda sobre racionalidad y estándar de prueba, que tuvo lugar durante el XI congreso italo-español de Teoría del derecho, celebrado en Tossa de Mar. TARUFFO, Michele, "Tres observaciones sobre "por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar" de Larry Laudan", *Doxa, Revista de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, pp. 115-126.

Laudan), de manera que establecen un umbral de probabilidad, entre un 90% y un 95%, a partir del cual estará justificado que el juzgador dicte una sentencia condenatoria. En cambio, para los juristas profesionales y los jurados (este sería según Laudan el discurso de la sala y los tribunales de apelación, al que también podríamos llamar discurso práctico), los estándares de prueba se delimitan en términos cualitativos, mediante criterios como por ejemplo, "la certeza moral", "la convicción íntima" o "la certeza más allá de toda duda razonable".³⁸ Sin embargo, en ambos casos, el estándar queda abandonado a la subjetividad: cuando la duda razonable debe ser explicada a los jurados por los Jueces, no se concreta, sino que se considera ("de manera vergonzosa", en opinión de Laudan), una noción autoevidente; o bien, en el caso del discurso académico, se supone que el jurado asigna una probabilidad baja a la culpabilidad del acusado, la cual se va revisando conforme se atiende a las pruebas, de manera que si, al final del juicio, la estimación alcanza entre el 0,9 y el 0,95, el jurado deberá condenar. Pero según Laudan, la estimación final depende de las "corazonadas subjetivas iniciales" y diferentes de cada jurado, las cuales raramente convergen al final, según han puesto de manifiesto, apunta Laudan, estudios como el de Robert Causey. Estos estudios también muestran que prácticamente ninguna prueba suele desplazar una evaluación baja de culpabilidad hacia un nivel próximo al 0,9; es decir, que no suele cambiar esa corazonada inicial sobre la culpabilidad, corazonada que suele responder a un proceso cognitivo basado en el sentido común más que en un conocimiento científico racional y lógico.

³⁸ Así se expresa por ejemplo, el artículo 741. 1 de la ley española de Enjuiciamiento Criminal, que dice textualmente: "El tribunal, *apreciando según su conciencia* las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado por esta ley". (La cursiva es mía). Por el momento, y como apunta Igartúa, en relación al sistema jurídico español, la convicción y la duda se entienden en un sentido más psicológico que lógico-racional o probabilístico. Cfr. IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, "Prolongaciones a partir de Laudan", *Doxa. Revista de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, pp. 141-150.

Por otra parte, para Laudan es absurdo pedirle a un jurado que otorgue probabilidades específicas a una creencia sobre la culpabilidad, cuando esto no suelen hacerlo los mismos científicos cuando valoran si una teoría científica es probablemente verdadera o no. Si, por ejemplo, una teoría tan bien fundada como la de Einstein goza de un amplio apoyo no cuantificable entre científicos, ¿cómo vamos a exigirle a un jurado que le otorgue una probabilidad específica a la culpabilidad de alguien, en menos tiempo aún que el que ha tenido la teoría de la relatividad para ser evaluada desde el punto de vista de su probabilidad? Para Laudan, la decisión acerca de si su confianza o no en la culpabilidad del acusado satisfizo o no las exigencias del estándar de prueba es una decisión arbitraria. Por último, también en ambos tipos de discurso, académico y práctico, se comete otro error: el convencimiento de la verdad parece ir antes de la prueba de la verdad. Según Laudan, en el derecho penal, el estándar de prueba es "parasitario" del nivel de confianza del jurado respecto a la culpabilidad del acusado, de manera que la prueba de la culpabilidad es el convencimiento previo de la culpabilidad, es decir, el convencimiento de la verdad va antes que la prueba de la verdad, de manera similar a como ocurriría si le dijéramos a una matemática que tendrá una prueba de un teorema en cuanto esté convencida de la verdad de ese teorema. Este tipo de *convencimiento* nos lleva a un proceso cognitivo cercano al sentido común.³⁹

A fin de evitar estas consecuencias, Laudan propone tres estándares de prueba que él considera objetivos, inspirándose en los trabajos de Ron Allen. No es que Laudan los defienda, pero le parece que, al menos, les dicen a los jurados que busquen pruebas para justificar su convicción en la culpabilidad,

³⁹ En este sentido, los estudiosos de la psicología social que han hecho coincidir el sentido común con una serie de representaciones sociales indican que en estas, la conclusión, ya conocida y definida normativamente a partir de relaciones grupales prima por encima del resto del razonamiento. *Vid.* PÁEZ, Darío, "Características, funciones y proceso de formación de las representaciones sociales", en PÁEZ, Darío et al, *Pensamiento, individuo y sociedad. Cognición y representación social*, Fundamentos, Madrid, 1987, pp. 303 y ss.

sin exigirles un meta-análisis de su propio grado de confianza. Por otro lado, recuerda que dos de ellos están dentro de las prácticas históricas del *Common Law*, por lo que no suponen una ruptura radical de esa tradición. Así, un estándar objetivo de prueba sería "Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuese inocente y no es creíble la prueba exculpatoria o un testimonio que sería difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénalo. De otro modo, absuévalo". Un segundo estándar sería: "Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénalo. De otro modo, absuévalo". Estos estándares permiten fundar una convicción de la culpabilidad sobre una serie de pruebas sólo si esas pruebas excluyen cualquier otra hipótesis que no sea la culpabilidad. Y un tercer estándar rezaría así: "Resuelva si los hechos establecidos por la acusación refutan cualquier hipótesis aún ligeramente razonable que usted puede pensar respecto de la inocencia del acusado. Si ellos lo hacen, usted puede condenarlo. De otro modo, usted debe absolver". Pero el criterio de plausibilidad que introduce Laudan, tanto dentro de uno de estos estándares como para valorar los mismos estándares, nos conduce de nuevo, como veremos, al terreno del sentido común, en cuanto conocimiento que contiene las opiniones de la sociedad, antes que las opiniones de los sabios. Si bien estos estándares ya no se hacen descansar en ninguna estimación subjetiva, esto sólo ocurre en relación a la valoración de la probabilidad de la culpabilidad, pero no se eliminan esas estimaciones a la hora de determinar qué es una historia plausible o a la hora de valorar la credibilidad de un testimonio.

Para Taruffo, el análisis de Laudan merece algunas observaciones:⁴⁰ en primer lugar, que el estándar que Laudan cuestiona, el *BARD*, es característico del proceso penal, en el cual se acepta que existen una serie de principios que

⁴⁰ Cfr. TARUFFO, Michele, "Tres observaciones...", *op. cit.*, pp. 115-126.

obstaculizan la determinación racional de los hechos, al establecer un desequilibrio a favor del imputado. En cambio, en el proceso civil no se da ese desequilibrio ni operan los mismos principios, lo que explica por qué aquí el estándar es el de la preponderancia de la evidencia o del "más probable que no".⁴¹ En segundo lugar, Taruffo sostiene que este estándar se valora desde criterios o inclinaciones *subjetivas* porque en los procesos penales donde intervienen los jurados, estos están legitimados para obrar así (esto es, según sus propias *inclinaciones subjetivas*) y sus decisiones, que no se motivan, son aceptadas porque *representan la sociedad*, en la que domina un tipo de *conocimiento no racional ni técnico*. Preocuparse por el subjetivismo al que conduce el *BARD* o criterios similares sólo tiene sentido en los casos en que deciden los Jueces profesionales, que se supone que sí deben decidir de acuerdo a un conocimiento objetivo, racional y técnico-jurídico, ya que "no es un ciudadano cualquiera, ingenuo e inculto". Además, los Jueces profesionales están obligados jurídicamente –normalmente, por las constituciones de sus Estados– a motivar sus decisiones de manera racional y objetiva.

No obstante, podríamos nosotros apuntar que no hay demasiados estudios que muestren hasta qué punto los Jueces profesionales están más libres de inclinaciones subjetivas que el resto de los ciudadanos cuando realizan estas tareas, y con lo único con que contamos es con la confianza en que una persona con estudios superiores y formación técnico-jurídica estará más capacitada para dejar atrás las representaciones socio-culturales durante el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, el análisis de decisiones judiciales relativas a casos en los que, bien por su contenido o por las personas a las que afecta, concitan ciertos estereotipos raciales o sexuales, muestra su presencia en la forma en que se valoran las pruebas (no sólo testificales sino también periciales, a las que se les da mayor o menor peso, no tanto por su valor científico

⁴¹ Taruffo analiza este tema en "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", *Jueces para la democracia*, n. 52, marzo, 2005.

como porque abonen o no la conjetura inicial que también los Jueces realizan al principio del proceso, al igual que hacen los jurados y que, como a ellos, también les puede costar trabajo abandonar, a pesar de las pruebas) y se determinan los hechos:⁴² como se ha apuntado, no es tan fácil abandonar estos esquemas mentales, ni siquiera a la vista de datos que los contradicen.⁴³

Por último, Taruffo cuestiona el recurso a la plausibilidad que realiza Laudan cuando propone tres posibles estándares objetivos de prueba, ya que esto exige adoptar una visión holística de la valoración de la prueba (algo que, como recuerda Taruffo, admite el propio Ron Allen, de quien Laudan toma esos estándares). En esta valoración, la decisión final sobre los hechos consistiría en la elección, entre distintas narraciones relativas al conjunto de los hechos en una controversia, de aquella que resulte más *plausible*. Pero la plausibilidad es, según admite Taruffo, un criterio genérico, cultural y subjetivamente relativo, carente pues de objetividad científica o racional. En todo caso, la plausibilidad parece similar a la *verosimilitud*, que es un criterio que, también según Taruffo, remite más a la *normalidad* que a la verdad.⁴⁴

Finalmente, y aceptando la crítica realizada por Laudan a la racionalidad de la valoración de la prueba a partir de instrumentos matemáticos, Marina Gascón expone una serie de reflexiones inspiradas en las ideas del propio Laudan

⁴² Esta posibilidad de que el subjetivismo aceche también a los Jueces profesionales la plantea Igartúa *Vid.* IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, "Prolongaciones...", *op. cit.*, p. 142.

⁴³ Una ilustración de esta circunstancia la veremos en el próximo epígrafe, cuando analicemos la valoración de los testimonios de víctimas de abusos sexuales.

⁴⁴ (Las cursivas son mías). Esta percepción que tiene Taruffo de la verosimilitud y la plausibilidad se ajusta a la caracterización que, como veremos, se encuentra en Aristóteles. Cuando se hace descansar un estándar objetivo de prueba en la plausibilidad también se remite a su aceptabilidad y esta descansa, como veremos, antes que en la opinión o el conocimiento de los sabios, en la opinión o el conocimiento de todos o de la mayoría de los ciudadanos. A este aspecto de las relaciones entre verdad, probabilidad, verosimilitud y plausibilidad, que establece entre ellas un nódulo que pasa por el sentido común, y por ende, por posibles prejuicios y estereotipos, nos referiremos a continuación.

sobre el *BARD*, y trata de proponer unos estándares de prueba objetivos basados en los modelos de valoración racional de la prueba que giran en torno a esquemas de confirmación –en vez de los que lo hacen en torno a la aplicación de instrumentos matemáticos, y que responde a la noción matemática o estadística de probabilidad, según la cual, la probabilidad se predica de sucesos y se interpreta en términos de frecuencia relativa de una clase de eventos a la que pertenece.⁴⁵ En cambio (y esta sería su ventaja, según Gascón), los esquemas de confirmación descansan en una noción de probabilidad lógica o inductiva, que se predica de proposiciones, no de sucesos.⁴⁶ Nótese también que, para Gascón, esta noción de probabilidad se corresponde, por lo demás, "con el *uso común* de "probablemente", "posiblemente", "presumiblemente" algo es verdad", lo que, a su juicio, significa que dicho concepto interpreta la probabilidad como una generalización de la verdad.⁴⁷ (Pero, ¿qué debemos entender por ese "uso común"?)

Según Gascón, la probabilidad lógica o inductiva dependerá del apoyo que le prestan las pruebas con las que está conectada a través de reglas causales. La probabilidad se mide entonces en grado de creencia, apoyo inductivo o grado de confirmación, a partir de las pruebas disponibles. Así, una hipótesis podrá aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas y ha sido confirmada por éstas en grado suficiente. El problema es que este grado

⁴⁵ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *Doxa. Revista de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, pp. 127-139. Las cursivas son mías.

⁴⁶ Una propuesta similar la encontramos en FERRER BELTRÁN, J., *La valoración...*, *op. cit.*, pp. 120-138.

⁴⁷ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., "Sobre la posibilidad...", *op. cit.*, p. 132. Llamo la atención de nuevo a esta remisión al uso "común" de la probabilidad como razón que debe tenerse en cuenta para afirmar su posible preferencia sobre la otra noción de probabilidad, que no encajaría tanto en ese uso "común". Porque, de esta manera, y como ocurre en relación a la verdad o a lo que deben ser los Jueces, estamos ante ideas cuya aceptación no descansa en su racionalidad sino, en última instancia, en la aceptabilidad por parte de aquellos con los que se comparte su uso, significado o visión "común".

es difícilmente cuantificable. Por esta razón, Gascón termina reconociendo que los estándares de prueba son una guía limitada para la valoración racional de la prueba, cuyo valor reside en indicarle a los Jueces lo que deben buscar en la prueba para poder justificar su decisión –por ejemplo, si el tipo de proceso exige la sólida confirmación de la hipótesis acusatoria, no podrá conformarse con la existencia de pruebas que simplemente conformen o sean compatibles con esa hipótesis, sino que habrá de buscar pruebas que de ser ciertas, no se podrían explicar si la hipótesis acusatoria fuera falsa.⁴⁸ El grado de confirmación de una hipótesis aumentará o disminuirá según: a) el fundamento cognoscitivo de las leyes causales que conectan las pruebas con las hipótesis, que puede tener un sólido fundamento científico, basarse en una máxima de inferencia pero también, como apunta Gascón, en unos "simples tópicos o prejuicios difundidos"; b) la solidez epistemológica o grado de certeza de las pruebas que confirman (por ejemplo, una prueba de ADN tiene más solidez que ciertos testimonios); c) el número de pasos inferenciales que separan las pruebas de la hipótesis; y d) la cantidad y la variedad de pruebas o confirmaciones. Pero más allá de esto, reconoce Gascón, los estándares de prueba no aportan nada más en las tareas de valoración de la prueba.

Aún más escéptico se muestra Richard Posner con el alcance de los estándares de prueba en la práctica cotidiana de los tribunales, ya que para él, la práctica y la valoración de la prueba responden más a la intuición y al sentido común que al cálculo de probabilidades, del tipo que sea. En su libro *Cómo deciden los Jueces*⁴⁹ apunta que en esta actividad se está ante la presencia de valores que emanan de las ideologías políticas, la formación recibida, tanto formal como informal, la experiencia profesional, el temperamento, las características personales como la raza o el sexo, las emociones o el sentido de lealtad al grupo.

⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 137 y 138.

⁴⁹ Vid. POSNER, Richard A., *Cómo deciden los Jueces*, trad Victoria Roca Pérez, Marcial Pons, Madrid, 2011.

En este sentido, nos recuerda cómo diversos estudios permitieron conocer que entre 1916 y 1988, era más probable que un Magistrado resolviera a favor de los intereses de un juicio por derechos civiles si era del Norte, si procedía de una zona urbana, y si su padre había trabajado o no de funcionario de la administración estatal. También pusieron de manifiesto que la raza, la religión y el género permiten hacer buenas predicciones sobre las opiniones que los Jueces emitirán cuando tengan que resolver casos en los que estén en juego cuestiones relativas a estas características. Según Posner, en las decisiones judiciales influye la *intuición*, el *sentido común* y el *buen juicio*, y la intuición, las *emociones* y las *preconcepciones* son todas ellas formas de pensamiento abreviado o tácito, distintas de las formas de razonamiento explícitas, lógicas y por pasos.⁵⁰

La consideración que defiende Posner de la intuición se aleja del significado familiar que la hace equivaler a una corazonada, ya que, al menos inicialmente, busca darle una caracterización no irracional, al igual que a las emociones. Estas pueden ser, en su opinión, una forma de pensamiento comprimido e inarticulado, provocada por la información, y produce más frecuentemente de lo que se estima, una respuesta racional. Para Posner, hay una diferencia, pues, entre las emociones, como atajo cognitivo útil, y las emociones como condicionante no racional del pensamiento o la conducta, que es lo que se conoce como emotivismo.⁵¹ En cuanto a la intuición, se trata de una facultad que permite realizar un juicio rápido sin llevar a cabo un balance consciente entre los posibles cursos de acción. Tal facultad se adquiere mediante la educación y la propia experiencia, y produce muchas de las *preconcepciones inconscientes* que juegan un importante papel en el proceso judicial. A juicio de Posner, esta facultad o capacidad en la que consiste la intuición es la que conduce la actividad probatoria, en la medida en que resulta menos difícil que

⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 114 y 116. Las cursivas son mías.

⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 124.

recurrir, por ejemplo, a una metodología sistemática como la que proporciona "el teorema de Bayes u otros complejos algoritmos, diagramas de árbol, inteligencia artificial, técnicas de evitación de sesgos y demás". Además, muchas de las decisiones se toman bajo situaciones de incertidumbre y esta circunstancia impide la cuantificación de variables relevantes, como requiere, por ejemplo, el teorema de Bayes.⁵²

La intuición, a la manera en que la entiende Posner, es pues un conocimiento abreviado de conocimientos más o menos racionales o racionalizables que aporta la formación y la experiencia jurídicas. Sin embargo, él mismo indica que esa intuición coincide con lo que Kahan y Braman llaman "*cognición cultural*", la cual incluye el *sentido común*, que Posner concibe, siguiendo a Antaki, como "lo que 'todo el mundo sabe sobre algo' sin tener que pensar mucho en ello, por lo que es algo relativo a una cultura".⁵³ Las posiciones jurídicas que contradigan el sentido común son candidatas al rechazo, lo que, como el propio Posner recuerda, nos llevan al terreno de la retórica, un ámbito en el que lo importante no es la demostración de la verdad sino el convencimiento del auditorio. Esto nos lleva, a su vez, al ámbito de la plausibilidad y de la verosimilitud, que son virtudes que deben cumplir los discursos para ser suasorios o disuasorios.

Pariente de la intuición así entendida es, según Posner, el *buen juicio*, al que define como una "escurridiza facultad que se entiende mejor si nos referimos a ella como un conjunto conformado por empatía, modestia, madurez, sentido de la proporción, equilibrio, reconocimiento de las limitaciones humanas, salud, prudencia, sentido de la realidad y sentido común";⁵⁴ en fin, un conjunto

⁵² Cfr. *Ibidem*, p. 127.

⁵³ KAHAN D. M., y BRAMAN, D., "Cultural cognition and Public Choice", *Yale Law and Policy Review*, n. 24, 2006; y *vid.* ANTAKI, Charles, *Explaining and Arguing: The Social Organization of Accounts*, Sage Publications, 1994. Cfr. POSNER, Richard, *Como deciden...*, *op. cit.*, p. 135.

⁵⁴ *Ibidem*, p.136.

variopinto de elementos a los que pueden no ser ajenos, como ocurre con la intuición, los estereotipos presentes en la comunidad a la que pertenecen los Jueces.

La presencia de este conocimiento basado en la intuición o cognición cultural parece difícilmente evitable, y, para Posner, en tanto no contemos con estudios que muestren la ineficacia de su uso, los Jueces seguirán rigiéndose por la misma. En ella, vuelve a subrayar, lo característico es lo *inconsciente*, lo abreviado y sin etapas, aspectos que se eliminan cuando se obliga a los Jueces a motivar sus decisiones por medio de un razonamiento lógico y por etapas, a fin de controlar los errores en los que haya podido incurrir este pensamiento comprimido en el que consiste la intuición. Pero, a su juicio, esta motivación es, de todos modos, un control imperfecto porque es más justificativa que explicativa, ya que si olvidamos lo que él llama el "prejuicio de la confirmación", esta motivación en realidad viene a justificar una decisión que se ha tomado antes, decisión que lleva a buscar con más intensidad pruebas que confirmen más que refuten esa decisión. Por eso, el razonamiento que aparece en la fundamentación no es la causa real de la decisión, sino sólo su racionalización, y oculta las verdaderas razones de la decisión judicial que quedan enterradas en el subconsciente del Juez, y, de esta forma, desconocidas e incontrolables.⁵⁵

En cualquier caso, la presencia de la intuición en el trabajo de los Jueces ha sido señalada desde siempre por el realismo jurídico americano, si bien, a juicio de Posner, sus miembros, así como los de los *Critical Legal Studies* (en cuanto continuadores de sus presupuestos), cometieron dos errores: exagerar las dimensiones de la zona abierta o indeterminada de los casos, y acusar a los Jueces de predecir los casos a partir de consideraciones políticas o

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, p.131.

prejuicios.⁵⁶ Pero no puede negarse, sostiene Posner, que interpretar es algo intuitivo, y las reglas y cánones de la interpretación vienen después. El repositorio de conocimiento soterrado que crea la experiencia profesional jurídica, del que luego tira la intuición, puede ser más útil, y la única manera que a Posner se le ocurre de que no se pasen por alto factores relevantes y que la base de conocimientos en que se base la intuición sea lo más amplia posible es contar con una judicatura plural.⁵⁷

La conclusión que podemos extraer de los análisis descritos en este epígrafe acerca de la valoración de la prueba en el proceso judicial, es que, como consecuencia del tipo de hechos que se deben probar en el proceso, de los tipos de inferencia que se llevan a cabo en esta valoración y de los criterios o principios que guían esta actividad, resulta prácticamente imposible evitar la presencia de estereotipos, prejuicios y otras representaciones socio-culturales. Pero esta presencia aún resulta más patente si analizamos las mismas nociones de verdad y probabilidad, y la forma en que aparecen conectadas con las de verosimilitud y plausibilidad, en la actividad de prueba y determinación de los hechos en el proceso. De este asunto trata el siguiente epígrafe.

3. Verdad, verosimilitud y plausibilidad en la determinación de los hechos (o cómo el sentido común es convocado en la actividad probatoria)

a. La verdad

Una de las discusiones más importantes entre quienes han analizado el tema de los hechos en el proceso es si las pruebas conducen al conocimiento de la

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, p.130.

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, pp.128, 131, 134.

verdad de los hechos que se van a enjuiciar (verdad entendida como correspondencia con lo que realmente pasó, y que ya se ha dicho que es propia de las percepciones cognitivistas de la prueba), o si, por el contrario, no es posible alcanzar tal verdad. Entre quienes consideran que no es posible, varían las razones aducidas: que simplemente no es posible conocer la verdad (escépticos); que no es la finalidad principal del proceso, encaminado ante todo a resolver controversias; o que existen una serie de limitaciones normativo-procesales que impiden que los procesos judiciales alcancen la verdad.⁵⁸

También hay posturas que (con puntos de contacto con las anteriores), consideran que la verdad es simplemente irrelevante en el proceso. Estas son las posturas de: 1) quienes lo interpretan en clave retórica, partiendo de una extensión de las tesis de Perelmann, y le dan suma importancia a las narraciones de los hechos del caso que realizan las partes —en realidad, los operadores jurídicos que las representan— con la finalidad de persuadir al Juez, siendo los aspectos más importantes la claridad, la coherencia, la completud o la concordancia con el sentido común;⁵⁹ y 2) quienes adoptan análisis semióticos. En este último caso, se privilegia el aspecto lingüístico del proceso, entendido como un lugar de diálogo donde se producen discursos. De ahí la aplicación de la narratología al proceso y a la decisión judicial.⁶⁰ En estas corrientes se considera que el significado del lenguaje no se puede determinar con referencia a ninguna realidad empírica sino en relación al propio lenguaje. Desde estas consideraciones, la narración de un testigo es como una narración novelística, y si bien la primera puede contener una pretensión de verdad, esto no es más que un elemento del mensaje enviado por el narrador, y no dice nada acerca de la veracidad de la narración.

⁵⁸ Cfr. TARUFFO, M., *La prueba de...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

⁵⁹ Aquí Taruffo incluye al propio Perelmann, Wetlaufer, Eberle, Bennet, Feldman, o Twinning.

⁶⁰ Aquí Taruffo incluye a Jackson, Van Roermund, Grace y Teschner, o Benson.

En este sentido, debemos tener presente que la epistemología del siglo XX ha reconocido, tanto en relación con el conocimiento en general como en relación con el conocimiento jurídico en particular, que el acercamiento a la verdad es problemático, ya que está impregnado de una serie de elementos que a) nos hacen dudar de que la alcancemos, y b) no sólo tienen que ver con un error en la apreciación de los datos empíricos o del proceso de deducción. Pero estas limitaciones en tono a la consecución de la verdad se venían apreciando desde la antigüedad, que, ya había prestado atención a las limitaciones de la verdad como correspondencia con la realidad, lo que sirvió para que se desarrollaran otros criterios como la *probabilidad* y la *verosimilitud*. La forma en que se delimitan estos criterios y las conexiones que se producen entre ellos terminarán dejando un margen para la presencia del sentido común, y con él, de estereotipos y otras inclinaciones subjetivas en esa determinación de la verdad.

Por otra parte, la verdad se ha conectado tradicionalmente con la analítica, considerada una de las regiones de la argumentación. Vega Reñón apunta cómo existe una tradición que se remonta a Aristóteles, según la cual se distinguen tres regiones en la argumentación que, también en honor a Aristóteles, se podrían llamar Analítica, Dialéctica y Retórica. La primera es el lugar de las pruebas deductivas, en particular, de las demostrativas, las cuales parten de unos presupuestos incontestables que permiten establecer otra proposición verdadera que se sigue necesariamente de ellos. Por esta razón se dice que no amplían el conocimiento. Esta ampliación, este ir más allá de las premisas de partida es lo que hace el razonamiento inductivo, típico de la ciencia, que da un salto entre estas y la teoría o principio explicativo y genérico en que concluye. Pero, entonces, no garantiza la verdad de esa conclusión sino sólo su mayor o menor probabilidad, atendiendo a la cantidad de casos particulares en los que se basa.

La Dialéctica es el lugar de la discusión razonable en torno a cualquier cuestión teórica o práctica, especializada o general, y en ella pueden distinguirse

muchos tipos como las confrontaciones dialógicas pero también las alegaciones jurídicas o políticas, o las negociaciones, lo que convierte al conocimiento práctico jurídico en un ámbito especialmente dotado para la argumentación dialéctica, como también para la retórica. A este respecto, la Retórica es el lugar de los procesos de argumentación dirigida a inducir en el interlocutor o en el auditorio ciertas creencias o disposiciones de ánimo, o ciertas reacciones o actuaciones. Pero, en realidad, ninguna de estas tres regiones constituyen compartimentos estancos, ya que ninguna prueba lógicamente válida que nadie reconozca o que no convenza a nadie se considerará una demostración, ya que ha de ser también *cogente*, lo que equivale a decir *concluyente* y *convinciente*.⁶¹ Y esto vale también para el conocimiento de los hechos que se desarrolla durante el proceso judicial, aunque estén sometidos específicamente a limitaciones jurídicas. En este punto, no basta con que se afirme concluyentemente que algo es verdad, sino que es preciso que *también lo parezca* (aspecto que se conoce como verosimilitud) y que esto, además, lo parezca en primer lugar para todos, lo que tiene que ver con la plausibilidad, según Aristóteles, quien, nótese, analizaba la verosimilitud en su *Retórica*, y las proposiciones u opiniones plausibles en sus *Tópicos*.

La verdad, y también la probabilidad, se han analizado en relación a la verosimilitud. La verosimilitud expresa el antiguo ideal de la ciencia de aproximación a la verdad. En la época contemporánea, Popper usó esta expresión para aludir a la ecuación referida al contenido de verdad menos el contenido de falsedad de una teoría.⁶² A partir de su obra, la verosimilitud se convirtió en un tema de gran interés para la filosofía contemporánea. Pavel Tichy,

⁶¹ Cfr: VEGA REÑÓN, Luis, *Si de argumentar se trata*, 2a. edición, Montesinos, 2007, pp. 29 y ss.

⁶² Popper decía que "Una teoría está más cerca de la verdad que otra si, y sólo si, se siguen de ella enunciados más verdaderos, pero no enunciados más falsos, o, al menos igual número de enunciados verdaderos, pero menos falsos" POPPER, Karl, *Conocimiento objetivo*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 62. Según nos recuerda Susan Haack, la verdad funciona en la epistemología de Popper como un ideal regulativo. En cualquier caso, Popper defendió una noción conjetural del conocimiento recurriendo a los conceptos de verosimilitud y veracidad. Cfr: HAACK, Susan, "Dos falibilistas en busca de la verdad", en *Anuario Filosófico*, n. 34, traducción de Sara

Risto Hilpienen y, más tarde, Ilkka Niiniluoto y Grahan Oddie, tratarían de definir la verosimilitud por medio del concepto de "similitud" o "parecido". Para Lakatos, la verosimilitud tiene dos significados distintos: plausibilidad intuitiva de la teoría y medida cuasiteórica de la diferencia entre las consecuencias verdaderas y falsas de una teoría que nunca puede ser conocida pero que podemos conjeturar.⁶³ Podríamos concluir que, en estas obras contemporáneas, abiertas actualmente a la discusión, las conexiones entre verdad, probabilidad, verosimilitud, plausibilidad, conjetura e intuición acercan el ideal de la ciencia a la retórica y al sentido común. Pero, ¿qué ocurre cuando esto se aplica al ámbito jurídico y, en concreto, a la determinación y prueba de los hechos en el proceso? Veamos estas cuestiones.

b. La verosimilitud

De la verosimilitud ya se hablaba en la antigüedad, y referida precisamente al ámbito jurídico, según recuerda Calvo.⁶⁴ Así, en una alusión específica al ámbito judicial, Platón alude a la distinción que hacía Sócrates entre la verdad y lo que induce a persuasión, que es lo verosímil. Lo verosímil no sólo se considera en un pasaje del *Fedro* (272 e y b) peor que lo verdadero sino incluso contrario. Aristóteles tenía, en cambio, una visión menos negativa de lo verosímil, que caracterizaba como lo que ocurre en general pero no absolutamente (*Retórica* 1357a34), y que se considera posible en cuanto es *una opinión generalmente admitida*. En este sentido, para presentar en juicio unos hechos

F. Barrera, 2001, disponible en <http://www.unav.es/gep/AF69Haack.html> (última consulta, 10/10/2012).

⁶³ Vid. LAKATOS, Imre, *La metodología de los programas de investigación científica*, Alianza, Madrid, 1993, p. 133.

⁶⁴ Vid. CALVO GONZÁLEZ, José "Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud", Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, n. 15, 2007, pp. 1 y 2. Calvo González, a quien seguimos en este recorrido del término verosimilitud en la actualidad, es un destacado representante de las direcciones narrativistas aplicadas al Derecho, frente a las teorías de la verdad como correspondencia. Plantea que la verosimilitud corresponde a la *verdad difícil*, donde la dificultad consiste en que precisa ser verosímil y lo verdadero de lo verosímil es el carácter que un juicio (experiencial o cognitivo) tiene de ser probablemente verdad. La verosimilitud remite, pues, a la asunción del Derecho como relato.

como verdaderos lo que hay que hacer es presentarlos como *comúnmente aceptables*. Para Quintiliano, el uso de argumentos verosímiles en la *inventio* narrativa actúa de modo semejante a las presunciones de la ley.⁶⁵ Para Cicerón, la narración verosímil debe contener elementos de la vida real, lo que exigiría, por ejemplo, respetar el rango propio de los personajes, explicar las causas de los acontecimientos, señalar que aparentemente hubo ocasión de cometer los hechos y mostrar que las circunstancias eran favorables, el tiempo suficiente y el lugar oportuno para los hechos que se narran; también los hechos deben corresponder con la índole de los participantes, *la opinión pública* y los sentimientos de los oyentes.⁶⁶ Así, un hecho es probable si "suele ocurrir habitualmente, cuando forma parte de la opinión común o cuando ofrece alguna analogía con la realidad, sea verdadera o falsa", señala los indicios o algo digno de crédito, porque coincide con el parecer del oyente, o algo ya prejuzgado o algo comparable donde se muestren nuestras semejanzas.⁶⁷ En Cicerón observamos también cómo lo verosímil coincide con lo probable, pero esta probabilidad tiene que ver sobre todo con aspectos socio-culturales. Actualmente, la verosimilitud conserva un cierto sentido de credulidad e ingenuidad, conectado con lo que *la gente cree que es real*, por lo que, como hace notar Calvo, presupone la existencia de un contexto ideológico-cultural, que permite convocar y desplegar una visión de la realidad narrada.⁶⁸

En este sentido, Niiniluoto, recuerda que el concepto de *verisimilis* o *probabilis*, fue acuñado por Cicerón al traducir del griego clásico al latín el vocablo *pithanos*, que hacía referencia a lo que es probable, en el sentido de *plausible* o *convinciente*. Según este filósofo, la articulación del vocablo *verdad* con las palabras *similaridad* o *apariencia* explica el origen etimológico del término *probabilidad* en idiomas tan distintos como el latín, el inglés, el alemán, el sueco o el finés.⁶⁹

⁶⁵ QUINTILIANO, *Institutionis, oratoriae*, V,10,2.

⁶⁶ CICERON, *De inventione rethorica*, I, 21.

⁶⁷ CICERON, *De inventione rethorica*, I, 29-46.

⁶⁸ Cf: CALVO GONZÁLEZ, "Verdades...", *op. cit.*, p. 4.

⁶⁹ Cf: NIINILUOTO, Ilkka, *Truthlikeness*, Dordrecht, Reidel, 1987, p. 160.

En cambio, Michele Taruffo sostiene que la noción jurídica de verosimilitud es confusa, ya que establece una errónea conexión entre *probabilidad* y *verosimilitud*.⁷⁰ Este error se debe, a su juicio, a un trabajo de Calamandrei,⁷¹ que retomó la expresión verosimilitud en su teoría del proceso. Para Taruffo, Calamandrei incurre en un equívoco terminológico y por tanto, conceptual, porque parte del vocablo alemán *Wahrscheinlichkeit*, y lo traduce sólo por "verosimilitud". De esta manera, obvió, a su juicio, la significación del término relativa a la probabilidad, tomando la menos importante. Pero, desde el punto de vista conceptual, se creaba una ambigüedad por reconducir al término verosimilitud dos significados distintos: 1) la apariencia de ser verdadero, lo que a juicio de Taruffo constituye una valoración que afecta a la alegación del hecho y es preliminar al procedimiento probatorio, y 2) la probabilidad, indicando además que, en el proceso, la verosimilitud-probabilidad se usa como sustituto de la verdad. Para Taruffo, parece que estos dos significados identificados están dentro del uso corriente de la expresión *verosimilitud*, cuando, en realidad, son dos conceptos distintos desde el punto de vista epistemológico. Así, la verosimilitud no puede ser reconducida a su probabilidad, ya que puede ocurrir que una aserción inverosímil sea, sin embargo, probablemente verdadera y viceversa. La verosimilitud, según Taruffo "no expresa conocimientos o grados de conocimiento, pues estos son suministrados por los elementos de prueba de la aserción sobre el hecho, mientras que la verosimilitud prescinde de los hechos de prueba y —en el proceso— es relevante en momentos anteriores a la adquisición de las pruebas".⁷²

Esta distinción de Taruffo clarificaría la distinción entre probabilidad y verosimilitud en sede jurídica, y el papel que a cada una compete en la prueba,

⁷⁰ Cfr. TARUFFO, Michele, *La prueba...*, *op. cit.*, pp. 183-190.

⁷¹ Se trata de *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. Cfr. *Ibidem*, p. 183, n50

⁷² Cfr. *Ibidem*. En cualquier caso, tengamos presente que también existen dificultades para separar, a su vez, la probabilidad de elementos derivados del sentido común, según se vio en el epígrafe C, del punto 2, cuando se la analizó en relación a los criterios y estándares para la valoración de la prueba.

pero no impide que se siga recurriendo al criterio de verosimilitud en nuestros procesos, en algún momento de la determinación de los hechos, ni tampoco impide que, de esta forma, se introduzcan elementos socio-culturales que pueden terminar afectando a la objetividad y a la verdad en la determinación de los hechos. Así, algunos sistemas jurídicos la han adoptado como criterio para determinar, por ejemplo, la valoración de la imputación de un delito a alguien,⁷³ para desplazar la carga de la prueba en el demandado (en casos de acoso sexual en el trabajo o de acoso moral, o de alguna discriminación en el ámbito laboral),⁷⁴ para distinguir el indicio de la sospecha y la conjetura,⁷⁵

⁷³ Así se indica en artículo 24.1 de la Ley 8/1995 de 16 de noviembre del Tribunal del Jurado en España, artículo donde se regula la incoación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado: "Cuando de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho en la querrela, y tan pronto como de cualquier actuación procesal, resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito, cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, *previa valoración de su verosimilitud*, procederá el Juez de Instrucción a dictar resolución de incoación del procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado, cuya tramitación se acomodará a las disposiciones de esta Ley, practicando, en todo caso, aquellas actuaciones inaplazables a que hubiere lugar".

⁷⁴ Se trata de la doctrina de la *prueba verosímil*, desarrollada vía jurisprudencial en España (tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo), que en palabras del Tribunal Constitucional (Sentencia 74/2008, de 23 de junio de 2008) se explica como sigue: "este Tribunal viene reiterando desde su STC 38/1981, de 23 de noviembre, que, cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Sólo una vez cumplida esta primera e inexcusable carga recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada". Según nos recuerda Calvo González ("*Verdades...*, *op. cit.*, p. 15), esta doctrina se empezó a desarrollar en casos de vulneración del principio de igualdad (artículos 9.2 y 14 de la Constitución española de 1978), en el ámbito de las relaciones de trabajo, en casos de vulneración de la libertad sindical (artículo 28 de la Constitución española de 1978) o frente a conducta de acoso sexual o acoso moral en el trabajo, y se ha extendido al ámbito contencioso-administrativo para los casos de acoso laboral en la función pública, e incluso en el ámbito civil, para casos de arrendadores acosadores. A juicio de la doctrina laboralista, esta doctrina de la prueba verosímil ha sido incluida en la Ley de Procedimiento Laboral Español (artículos 96, 97.2 y 179.2) así como en la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

⁷⁵ La sala segunda del Tribunal Supremo español ha establecido esta distinción así: "la sospecha consistiría en la aprehensión o imaginación de una cosa por conjeturas fundadas en

pero también para determinar la credibilidad de la prueba testifical. Concretamente en el Derecho español, y precisamente cuando el testimonio es la única prueba de cargo contra la presunción de inocencia del acusado (de manera que no concurren otras pruebas de mayor calidad epistemológica), la jurisprudencia reiterada tanto del Tribunal Supremo,⁷⁶ como del Tribunal Constitucional⁷⁷ ha establecido una serie de requisitos que debe cumplir este testimonio para darle plena *credibilidad*: 1) *ausencia de incredibilidad*,⁷⁸ 2) *verosimilitud* y 3) *persistencia en la incriminación*.⁷⁹

Por lo que se refiere, de manera específica, al requisito de la verosimilitud, que según esta jurisprudencia debe basarse en la lógica de la declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos, se exige a su vez valorar lo siguiente:

- 1) que la declaración sea lógica (*lógica vulgar o de la común experiencia*, se nos aclara en esta jurisprudencia), lo que exige valorar, a su vez, si esta declaración es o no *insólita* u objetivamente inverosímil

apariencias o visos de verdad, la conjetura, que sería el juicio que, con ciertas posibilidades de acierto, se forma de las cosas o acaecimientos por las señales que se ven u observan y, finalmente, el indicio, que es la acción o señal que da a conocer lo oculto, en virtud de las circunstancias, que concurren en un hecho, dándole carácter de verosimilitud. *Cfr*: HERNÁNDEZ Elvira, "La prueba indiciaria...", *op. cit.*

⁷⁶ Por ejemplo, SSTS 434/1999, 486/1999, 862/2000, 104/2002, 470/2003, 593/2006.

⁷⁷ Por ejemplo, SSTC 201/1989, 160/1990, 229/1991, 64/1994, 16/2000.

⁷⁸ Según la citada jurisprudencia, la ausencia de incredibilidad se determina, a su vez, a tenor de 1) las características físicas o psico-orgánicas, el grado de desarrollo y madurez, o enfermedades que como el alcoholismo o la drogadicción pueda sufrir el testigo; 2) la inexistencia de móviles espurios debidas a tendencias fantasiosas o fabuladoras, las relaciones con el imputado (odio, resentimiento que impliquen venganza) y 3) haciendo uso de la siguiente máxima de experiencia: que no haya razón alguna que explique que la formulación de la denuncia contra alguien ajeno al denunciante que no sea la realidad de lo denunciado

⁷⁹ La persistencia en la incriminación se hace descansar, de acuerdo a esa jurisprudencia, en la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones, en la concreción en la declaración (sin ambigüedades, generalidades o vaguedades), que explique los hechos con particularidades y detalles que cualquier persona en las mismas circunstancias sería absolutamente coincidentes: basta que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer una base sólida y homogénea, reiterada y constante y presente en todas las manifestaciones.

por su propio contenido [y aquí, la jurisprudencia viene a decir que algo es verosímil cuando no es inverosímil];

- 2) que la declaración esté rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo (lesiones, manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que atañen al hecho delictivo, y que contribuyan a la verosimilitud) aunque debe ponderarse adecuadamente en los delitos que no dejan huellas o vestigios materiales; y
- 3) que, aunque a veces no se pueda contrastar el testimonio así, este no queda desvirtuado si la imposibilidad de comprobación justifica la virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho.

Estos requisitos evidencian (aparte de una sintaxis poco clara) cómo la apreciación de la prueba del testimonio de la víctima queda sujeta a elementos no demasiado racionales ni científicos, sino más bien a consideraciones y representaciones de carácter socio-cultural. Tengamos en cuenta lo decisivos que son estos testimonios en casos donde tales representaciones socio-culturales son especialmente influyentes, como los de abusos sexuales a menores, o los de violencia de género: no tenemos ninguna garantía de que la credibilidad de los testigos se haga al margen de estereotipos o prejuicios, ni que la verosimilitud se valore al margen del efecto persuasivo que tenga en sus receptores el relato de los hechos que estos testigos realicen:⁸⁰ como ya se ha dicho,

⁸⁰ Por ejemplo, ante un caso de acoso sexual sufrido por una trabajadora, en su lugar de trabajo, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias estimó que (STSJ AS 1088/2008): "no es *verosímil* que el episodio de acoso sexual denunciado tuviera una duración de 35 minutos, que habiendo opuesto resistencia no presentase después el más mínimo rasguño, que no es coherente con su relato de los hechos del que se deduce que no se trata de una simple insinuación o gesto de contenido sexual sino de abusos sexuales tales como tocamientos libidinoso en pechos y nalgas e intento de desvestirla, que hubiera acudido al trabajo los dos días siguientes" (la cursiva es mía). Este tribunal está valorando el testimonio de la víctima a partir de lo que comúnmente se entiende como acoso sexual, y que exige de la mujer-víctima una fuerte oposición y resistencia, ya que cualquier otra actitud significaría que estaría "consintiendo". Se trata de una visión

la verosimilitud, sigue conservando un significado de *apariencia de real*, según lo que *la gente* (que no los expertos) *crea que es real* (a pesar y al margen) del debate que sobre esta noción se sigue en la epistemología actual). Esto conecta la verosimilitud de algo con su aceptabilidad entre la gente, lo

estereotipada y tradicional de la conducta de las mujeres ante los requerimientos sexuales de un hombre. Pero, además, en los casos de violencia de género, los tribunales españoles están exigiendo otras pruebas que corroboren en testimonio de la víctima, de manera que este testimonio, por sí mismo, no sirve para enervar la presunción de inocencia, como han puesto de manifiesto desde la asociación Themis. Pero aún concurriendo pruebas periciales que sustenten la versión de la víctima, se han encontrado sentencias como esta del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (STSJAN 8317/2009), que no otorgan valor al informe pericial, sin explicar por qué lo hace: "con independencia de que la libre valoración de los informes periciales es facultad del juzgador de instancia (arts. 97.2 LPL y 348LEC), al no ser vinculantes para éste las opiniones o conclusiones de los peritos, el hecho probado vigesimosegundo se remite y da por reproducido el informe de la psicóloga, lo que es completado con lo que se declara en el apartado 9 del fundamento jurídico quinto de la sentencia en el sentido de que la referida psicóloga no duda que los trastornos de ansiedad de la actora respondan a un sentimiento personal de la trabajadora de sentirse acosada, aun cuando la existencia real del acoso no haya quedado acreditado; incluso el personal convencimiento de dicha profesional de haber sido la actora objeto de acoso, no dejaría de ser una mera opinión que en modo alguna obligaría a ser aceptada por el juzgador de instancia, y menos aun para ser medio hábil para modificar un hecho probado. Igual falta absoluta de consistencia tiene alegar, para fundar la revisión del hecho probado sexto, que tras el pretendido acoso sexual, la actora causó baja por sintomatología ansiosa; además de no constar la causa-efecto entre uno y otra, ocurrido el pretendido acoso en mayo de 2005, los meses subsiguientes entre presunta acosada y acosador fueron cordiales y amistosos (hecho probado octavo)." Para el Tribunal, parece que no es de *sentido común* que la víctima mantenga esa cordialidad con su agresor, pero no entra a valorar si eso se debió a alguna razón, como su miedo a perder el trabajo, simulando una situación de normalidad que no es infrecuente en quienes sufren este tipo de agresiones. Por lo demás, su actitud no fue tan normal pues consta un informe sobre baja de la víctima por ansiedad, pero el Tribunal no cree que exista una relación causa-efecto entre la ansiedad y el acoso, sin explicar por qué. Da pues más importancia a un indicio que valora desde el sentido común –actitud cordial– que a otro –el informe médico– que descansa en un conocimiento científico. Sobre la valoración de los informes psicológicos para determinar la credibilidad de los testigos, se ha detectado, además, que los Jueces suelen creer que la psicología es una ciencia blanda, y que versa sobre cuestiones que pueden abordarse desde la propia cultura personal o el sentido común o la intuición. Sin embargo, una serie de estudios (como los de WELLS, G. L. y LINDSAY, R. C. L., "How do people infer the accuracy of eyewitness memory? Studies of performance and metamemory analysis", en SMS; LLOYD-BOSTOCK y Clifford, B. R. (comp.), *Evaluating witness evidence*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1983; MANZANERO, A. L. y DIGES, M., "Análisis de la credibilidad de recuerdos percibidos e imaginados, *Apuntes de Psicología*, 41 y 42, 1994, pp. 81-92; MASSIP, J. "¿Se pilla antes a un mentiroso que a un cojo? Sabiduría popular frente a conocimiento científico sobre la detección no verbal del engaño", *Papeles del Psicólogo*, 26, 2005, pp. 78-91) han mostrado que esta valoración basada en la intuición o el sentido común es insuficiente y que muestra errores en un 50% de los casos, a la hora de distinguir entre relatos falsos y reales. Sobre estas cuestiones, *vid.* MANZANERO, Antonio L. y MUÑOZ, José Manuel, "La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: reflexiones psico-legales", SEPIN, Madrid, 2011, pp. 1-13.

que nos remite a la noción de plausibilidad, la cual también, a su vez, remite al sentido común. Entonces, ¿qué es la plausibilidad y cómo permite profundizar en la conexión entre verdad y sentido común?

c. La plausibilidad

Aristóteles sostenía que lo verosímil era una proposición plausible, y en sus *Tópicos* (100a30), decía que la plausibilidad era un aspecto conectado a los *endoxas*. Estos son las premisas de los silogismos dialécticos, a los que definió (100b18, 104a8-12) como proposiciones plausibles, frente a los principios incontestables y dignos de crédito por sí mismos, que son los que constituyen las premisas de los silogismos demostrativos.⁸¹ En cambio, una proposición dialéctica es una cuestión plausible bien para todos, bien para la mayoría o bien para los sabios y, de entre estos, ya para todos, ya para la mayoría, ya para los más conocidos, con tal de que no sea paradójica: "pues cualquiera haría suyo lo que es plausible para los sabios siempre que no sea contrario a las opiniones de muchos" (105b16-8). Se trata de una atribución gradual, donde la opinión de los sabios no sólo no cuenta en primer lugar, sino que, además, si los juicios de los sabios se oponen a los de mucha gente, no serán considerados opiniones plausibles sino paradójicos. Así pues, se asienta el terreno para que no vayan en contra de lo que piensan, en primer lugar toda o la mayoría de la *gente*, y en segundo lugar, los sabios, estas premisas típicas de las argumentaciones dialécticas (y no olvidemos que el proceso judicial se enmarca en una argumentación dialéctica, donde diversos contendientes plantean diversas tesis contrarias –sus hipótesis respectivas sobre los hechos–, a la que debe sumarse también la del Juez, que puede coincidir con la de alguna de las partes o no). En definitiva, y como lo expresa Vega Reñón, las

⁸¹ Cf. VEGA REÑÓN, Luis, "Ta endoxa : argumentación y plausibilidad", *Endoxa: Series filosóficas*, n. 1, UNED, Madrid, 1993, pp. 5-19, a quien seguimos en este análisis de la plausibilidad en Aristóteles.

endoxas son, según se desprende de la obra de Aristóteles, proposiciones dialécticas *más o menos aceptadas o aceptables*, como por ejemplo, la *creencia común* en que se ha de procurar el bien a los amigos.

Para Vega Reñón, las opiniones plausibles tienen, pues, dos características básicas: su condición pragmática, lo que significa que la plausibilidad se contextualiza y depende de una colectividad y de algunos de sus miembros más distinguidos; y su gradación, ya que parece que el orden entre *todos, la mayoría, todos los sabios, la mayoría de los sabios y los más acreditados de entre ellos*, no es casual sino que obedece a una escala decreciente de plausibilidad, la cual, a juicio de Vega debería interpretarse siguiendo un criterio de subsidiariedad, a partir de la idea de Aristóteles de que las opiniones de los sabios que se oponen a la mayoría resultan paradójicas. Sólo así se podrían resolver los conflictos que puedan plantearse. De esta manera, en primer lugar se estará a lo que opinen todos; si no existe esta opinión, a lo que estime la mayoría; si no existe, a lo que estimen todos los sabios, y así, sucesivamente.

Este conocimiento distinto al de los sabios corresponde a lo que venimos llamando *sentido común*. Y la hipótesis que conduzca a resultados contrarios al mismo, es decir, no plausibles, aunque se apoye en pruebas científicas, es decir, en el conocimiento de sabios, podría ser rechazada. Ciertamente, para Aristóteles también son paradójicas y no plausibles las creencias de la gente que se opongan a las opiniones de los sabios. Pero aquí, los estudiosos de Aristóteles han creído ver una posible distinción entre las opiniones de la mayoría y las opiniones del vulgo. Se prevé entonces un posible conflicto entre lo que piensa la mayoría y lo que piensan los sabios. En este sentido, la reputación personal es importante para la determinación de los *endoxas*, aunque no resuelva definitivamente los casos de conflicto. Pero, en cualquier caso, vemos cómo la plausibilidad es una exigencia para la aceptabilidad de las hipótesis (también las que se dirigen a determinar los hechos en el proceso), y que esta aceptabilidad va a exigir algo más que su prueba científica: va a

exigir que no vaya contra el sentido común, lo que puede suponer que ciertos estereotipos o prejuicios terminen por imponerse.

A pesar de lo señalado, la plausibilidad no es ajena a la verdad y a la verosimilitud en Aristóteles: estar en disposición de discernir acerca de lo plausible es propio de quien se halla en la misma disposición respecto de la verdad, y que corresponde a una misma facultad reconocer lo verdadero de lo verosímil. La diferencia estriba, no en que lo plausible sea falso sino en el criterio de juicio: en el caso de lo verdadero, el juicio se da por referencia a la cosa misma sobre la que versa la opinión; en el caso de lo plausible, se da por referencia a los oyentes y a las creencias. No se renuncia, pues, a la verdad pero ésta parece seguir conectada al sentido común.

La remisión de las propias normas jurídicas, la jurisprudencia y la teoría jurídica a criterios como la verosimilitud o la plausibilidad en la determinación de los hechos, y la circunstancia misma de que los procesos judiciales no son ajenos a la dialéctica, terminan por introducir, se quiera o no, elementos que orientan las pruebas a la finalidad que prevén para ellas los semiólogos o los retóricos (es decir, la verdad como coherencia y en tanto que aceptada), más que a la verdad como correspondencia, en la medida en que esos criterios parecen implicar un reconocimiento implícito de que la determinación de los hechos descansa también en la coherencia del relato de los mismos y en la persuasión que producen en sus receptores para que lo den por bueno (el relato de los hechos), en cuanto les parece aceptable.⁸² Pero, si finalmente

⁸² Así lo hace notar Taruffo, un defensor de la tesis de que el proceso debería orientarse al conocimiento de la verdad como correspondencia, (*vid.* TARUFFO, "Tres observaciones...", *op. cit.*), como hemos visto anteriormente. En cualquier caso, él admite su utilidad pero en el momento de elaborar la historia de los hechos que están probados. Luego la plausibilidad no es para Taruffo algo que afecte a la prueba de los hechos, ya que esto consiste en ofrecer a los Jueces elementos de juicio suficientes para demostrar que los enunciados relativos a los hechos son verdaderos, y para esto, el Juez debe valorar las pruebas una a una y no en conjunto

tenemos que tener en cuenta la coherencia del relato, insistiendo en la verosimilitud y en la plausibilidad de la prueba de los hechos, aunque esta sea una prueba científica, se abre la puerta a estereotipos y prejuicios, como apunta Taruffo, ya que toda narración se construye a partir de una cultura general o sentido común, que aportan al narrador un stock de conocimientos compuesto por: 1) el tipo de tramas que encarnan las expectativas y prácticas que se consideran normales en una cultura, y que permiten hacer familiar el relato de los hechos a un determinado auditorio (y pensemos aquí en una más que probable contradicción entre lo que el sentido común espera que pase y lo que la ciencia puede demostrar que pasa); 2) estereotipos y perfiles (por ejemplo, como apunta Schauer, los de *la esposa fiel, el marido infiel, el policía corrupto, el chófer negro, el traficante de drogas latinoamericano, el terrorista islámico*), algunos de los cuales se basan en toscas generalizaciones, aunque a veces estas pueden estar justificadas; 3) los prejuicios religiosos, étnicos, de género, raciales, profesionales (y que según Schauer se basan en creencias infundadas respecto de las personas, y descansan en generalizaciones estadísticamente débiles);⁸³ 4) las cualificaciones estadísticas o probabilísticas no justificadas (en este punto, se hace Taruffo eco de determinados estudios que han mostrado que los seres humanos tenemos dificultades en cuantificar correctamente nuestras experiencias, algo que como se ha visto, también apuntaba Laudan en su análisis sobre el BARD); y 5) las generalizaciones de sentido común o *background*, las cuales constituyen muchas veces las premisas de las inferencias que conectan las pruebas con los hechos, y que consisten en vulgarizaciones de leyes científicas o generalizaciones válidas que provienen de la ciencia, aunque también hay generalizaciones no tan generales ni fiables. Aquí se incluyen las ya mencionadas máximas de experiencia,

(Cfr. *Ibidem*, p. 124). Sobre este asunto, vid. tb. TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El Juez y la construcción de los hechos*, trad. Daniela Accatino, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 45 y ss.

⁸³ Cfr. SCHAUER, F., *Profiles, probabilities...*, op. cit., pp. 1-25, para una caracterización de los estereotipos y prejuicios; y en relación a los estereotipos de género, pp. 131-154.

concepto muy usado en España, Italia y Alemania. Sin embargo, como también se ha señalado, muchas de estas máximas de experiencia no son auténticas generalizaciones ni tienen base cognoscitiva sino que descansan en prejuicios y estereotipos consolidados en el sentido común.⁸⁴ Recordemos también, por último (y esto es especialmente grave si pensamos en cómo pueden afectar a los colectivos tradicionalmente marginados y subordinados), que suelen responder a la cultura de un grupo hegemónico, de manera que el sentido común que impera es el de esta cultura hegemónica, que considerara como *normal y digno de aprobación* (en fin, plausible, pero, también verosímil), lo que corresponda a esa cultura y como *anormal y digno de rechazo* (es decir, no plausible y no verosímil) lo que no corresponda.⁸⁵

Como reflexión final del análisis desarrollado en este epígrafe, podemos señalar que la presencia de criterios tales como la verosimilitud y la plausibilidad en las actividades de prueba y determinación de los hechos en el proceso, permite afirmar que estamos ante un tipo de conocimiento no enteramente científico ni analítico-deductivo, sino que tiene también una fuerte dimensión dialéctica y retórica, que no puede ser ignorada, por cuanto opera en un ámbito discursivo y contextualizado, dirigido al convencimiento y persuasión de sus participantes. Esta circunstancia determina, inevitablemente, la presencia de estereotipos y otras representaciones socio-culturales, que por fuerza tienen que influir en la determinación de la verdad de los hechos.

4. Conclusiones

Prestar atención a los prejuicios y estereotipos que pueden estar presentes entre quienes tienen la competencia de determinar los hechos en el proceso es una tarea obligada, si consideramos que la actividad probatoria conduce

⁸⁴ Cfr. TARUFFO, *Simplemente la verdad...*, *op. cit.*, pp.72-77.

⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 78.

a una averiguación de la verdad como correspondencia con la realidad, pero sustentada en un cognitivismo crítico y en una visión contextualizada de la verdad, que tampoco es ajena a las exigencias de coherencia y a las finalidades que persigue el Derecho. También es una tarea obligada si consideramos que, en la mayoría de los casos, los prejuicios y estereotipos suelen estar presentes de manera no expresa, inconscientemente, y que incluso son convocados de alguna forma por las remisiones directas al sentido común, la plausibilidad o la verosimilitud que hacen la legislación, la doctrina jurídica o la jurisprudencia; o porque se termina desembocando inevitablemente en ellos como consecuencia de la forma en que deben probarse ciertos tipos de hechos (como los psicológicos o aquellos cuya constatación exige un juicio de valor), la forma en que se desarrollan las inferencias probatorias (que en ocasiones descansan en máximas de experiencia y no en leyes científicas), o la propia delimitación de los criterios o estándares para la valoración de la prueba.

La atención a los estereotipos y prejuicios que pueden entrar de contrabando con el uso del sentido común refuerza la exigencia de una motivación detallada y bien argumentada de la específica actividad probatoria, la cual permitirá hacer conscientes a Jueces y otros operadores jurídicos, pero también a la ciudadanía, del alcance que ciertos prejuicios o estereotipos socio-culturales, o intuiciones, pueden tener en la objetividad e imparcialidad de las actuaciones y decisiones judiciales. Sólo así podrá determinarse, a su vez, si son o no admisibles según los propios valores jurídicos de las comunidades en las que desarrollan su trabajo (es decir, si son aceptables actuaciones en las que pesan estereotipos raciales o de género, en una sociedad organizada democráticamente bajo los principios de igualdad y respeto al pluralismo). Pero, al mismo tiempo que la judicatura, también el resto de la ciudadanía debería poner a prueba sus propios estereotipos en relación a tales valores. En última instancia, este ejercicio de análisis y control de la presencia del sentido común muestra que la motivación de las actuaciones y decisiones en los procesos descansa en un tipo de conocimiento que no coincide únicamente con la racionalidad

científico-teorética o la práctico-moral, sino también en una especie de cognición cultural cuyo alcance y mecanismos de funcionamiento deberían ser mejor conocidos. Esta circunstancia exigiría incluso revisar los sistemas de formación de los juristas, por cuanto siguen todavía imbuidos de una visión científico-técnica de las actividades y las profesiones jurídicas, tan complaciente como inexacta.