

LOS PREJUICIOS EN LA PRUEBA DE LOS HECHOS

Josefa Dolores Ruiz Resa¹

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, 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 (aunque lo que se puede alcanzar en el proceso será la explicación más probable de lo que pasó, pues este es un conocimiento histórico de algo que ocurrió en el pasado). 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 aceptación².

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.

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

¹ jruizr@ugr.es Facultad de Derecho (Universidad de Granada, España)

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

grado de confirmación; y las que se dirigen a la adopción de la decisión sobre los hechos probados³), 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 probatorio⁴); 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)⁵. Porque los hechos en el proceso no son parte de una realidad objetiva trasladada, sin 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 constituyen⁶.

³ Vid. Ferrer Beltrán, Jordi (2007), *La valoración racional de la prueba*, con prólogo de Larry Laudan, Madrid: Marcial Pons, 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*, Madrid: Marcial Pons, 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.

⁴ Vid. Ferrer Beltrán, op. cit., p. 97 n. 65).

⁵ Así lo resalta Gascón Abellán, 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*, Universidad de Granada, Granada, 2010, N° 44, 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.

⁶ Vid. Searle, John, *Actos del habla: Ensayo de filosofía del lenguaje*, 2ª edición, trad. L. M. Valdés, Madrid: Cátedra, 1986, p. 60

Pero estos momentos de la actividad probatoria pueden estar también mediatizados por la presencia de una serie de creencias, tradiciones, juicios de valor,⁷ o prejuicios y estereotipos. Gascón Abellán⁸ 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.

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 observador⁹. Que la contextualidad de la verdad en el proceso no se

⁷ 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*, 2006, N° 35, julio-diciembre, pp. 207-220.

⁸ Vid. Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho*, op. cit., p. 38.

⁹ Véase González Lagier (2005: 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 esta circunstancia ha dado lugar a la enorme disparidad que existe en los estudios doctrinales al respecto. Véase. Jordi Nieva Fenoll (2010), *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, p. 24. La contextualidad de la verdad es también señalada por Taruffo uno de los principales defensores del cognitivismo crítico en la determinación de los hechos, que apunta 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 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. Vid. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, con presentación de Daniel González Lagier y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid: Trotta, 2002, pp. 168 y ss.

agota en su carácter institucional sino que debería contemplarse también la posible influencia que en la misma pueden tener ciertos estereotipos, 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 verdad¹⁰.

Es posible, pues, que un operador jurídico utilice inconscientemente sus prejuicios en la actividad probatoria, lo que puede ocurrir en relación: 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.

Sin embargo, no se suele prestar demasiada atención a la forma en influyen los prejuicios y estereotipos en estas tareas, los cuales suelen tomar parte en las mismas de la mano de la remisión al *sentido común*. 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 jurídico¹¹.

Un intento de colaborar en el descubrimiento de los prejuicios y estereotipos en la actividad probatoria es lo que se pretende con este trabajo. Su justificación última descansa en la necesidad de llamar la atención sobre cómo la presencia de prejuicios y

¹⁰ Así lo sostiene González Lagier, op. cit., pp. 37 y ss., y Nieva Fenoll, op. cit., p. 24, quien apunta 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.

¹¹ En su análisis sobre el sentido común, Gadamer (*Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, ed. Sígueme, Salamanca, 1993, “La superación de la dimensión estética”, pp. 31 y ss.), 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. Vid. Moore, G. E, *Defensa del sentido común y otros ensayos*, Madrid: Taurus, 1972. 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. Vid. Moscovici, S (comp.), *Psicología social, II. Pensamiento y vida social. Psicología social y problemas sociales*, Barcelona: Editorial Paidós, 1985, vol. II.

estereotipos suelen afectar a determinados colectivos tradicionalmente marginados, subordinados o excluidos, en base a ciertas características como su raza, el género, la orientación sexual o la 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 grupos¹². Veamos, pues, cómo actúan en las 3 dimensiones de la actividad probatoria que se han señalado.

1. El tipo de hechos cuya prueba se valora

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 valor¹³.

Respecto a los dos primeros tipos, Gascón apunta que son hechos cuyo conocimiento se infiere indirectamente, a partir de otros hechos, y que pueden

¹² 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 predecir 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. Vid. Schauer, Frederick F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, MA. USA: Harvard University Press, 2003, pp. 15-19 y 132 y 133

¹³ Vid. Gascón Abellán, op. cit., pp. 75-82. González Lagier nos recuerda que, para la doctrina procesal y la jurisprudencia españolas, los hechos psicológicos no 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, oírlos, 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. Vid. González Lagier, D., “La prueba de la intención y la explicación de la acción”, *Isegoría*, 2006, N° 35, julio-diciembre, p. 174).

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 con quien además, ha tenido a 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 intimidación 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 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)¹⁴.

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*¹⁵, 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

¹⁴ Vid. Gascón Abellán, op. cit., p. 79.

¹⁵ Fassone, Elvio, “Quaestio facti”, en Mario Bessone, Riccardo Guastin (ed.) *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Padua: CEDAM, 1994, pp. 315-321 (1994: 320). Cfr. Gascón Abellán (1999, 2004: 81, n 111).

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”.

2. La forma en que se desarrollan las 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 jurídicas¹⁶. En todos estos casos, también las inferencias se apoyan, de alguna manera, en estereotipos, prejuicios y otras representaciones socio-culturales que suelen reunirse bajo el epígrafe del *sentido común*.

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*¹⁷.) 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 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 indicaciones 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

¹⁶ González Lagier, *Quaestio Facti*, 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.

¹⁷ Vid. Stein, Friedrich (1893, 1990), *El conocimiento privado del juez*, trad. A. de la Oliva, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

prestarse, por tanto, a cuantificación precisa alguna”¹⁸. 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 presunciones¹⁹. 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 sexo²⁰.

3. Las reglas y criterios que rigen la valoración de la prueba

En relación con los criterios de valoración de la prueba, que giran en torno al criterio de la probabilidad, no de la verdad, tendremos en cuenta cómo los intentos por

¹⁸ Vid. Taruffo, 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*, Buenos Aires: Huemul, 1979.

¹⁹ Vid. Peña, Lorenzo & Ausín, Txetxu, “La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII (2001), pp. 95-125.

²⁰ A este respecto, cabe señalar el rechazo que viene generando simplemente 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 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, e lo que debe entenderse por discriminación por razón de sexo. 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*, 2011, N° 91, septiembre-diciembre, pp. 193-229.

construir estándares racionales para ello chocan con la presencia de estereotipos, y cómo la remisión a criterios como la verosimilitud y la plausibilidad concitan también su presencia. En relación a los estándares, podemos encontrarlos tanto en los sistemas jurídicos del *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*²¹. Según Laudan, la estimación final depende de las “corazonadas subjetivas iniciales” y diferentes de cada jurado. 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 no²².

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. 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*²³, distintas

²¹ Vid. Laudan, Larry, “¿Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar?”, *Doxa, Revista de Filosofía del Derecho*, 2005, N° 28, pp. 95-113.

²² Marina Gascón expone una serie de reflexiones inspiradas en las ideas del propio Laudan 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. Vid. Gascón Abellán, Marina, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa. Revista de Filosofía del Derecho*, 2005, N° 28, pp. 127-139. Las cursivas son mías. 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. Una propuesta similar la encontramos en Ferrer Beltrán, op. cit., pp. 120-138. 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 verdad²². (Pero, ¿qué debemos entender por ese “uso común”?).

²³ Fue Michael Polanyi, científico y filósofo de la ciencia, quien introdujo la idea de un conocimiento tácito. Polanyi sostuvo que en el conocimiento hay dos polos: el externo (según se viene caracterizando desde la Ilustración, el cual implica objetividad, estándares universales, y articulación o formalización a través del lenguaje); y el interno o personal –que no subjetivo–, consistente en creencias prácticas

de las formas de razonamiento explícitas, lógicas y por pasos²⁴. La intuición es una facultad que permite realizar un juicio rápido sin llevar a cabo un balance consciente entre los posibles cursos de acción. 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”²⁵. 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 buenos discursos retóricos para ser suasorios o disuasorios.

De la verosimilitud ya se hablaba en la antigüedad, y referida precisamente al ámbito jurídico, según recuerda Calvo²⁶. 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. 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

heredadas, tradición, valores y prejuicios, lo cual constituye un conjunto de informaciones e imágenes conceptuales y sensoriales, que no puede ser articulado de manera explícita y se adquiere a través de la práctica. Para Polanyi, el conocimiento externo está enraizado en el interno, y su conexión se basa en un compromiso, o en una inferencia basada en la intuición. El polo interno del conocimiento constituye su dimensión tácita, que Polanyi sintetizó en la frase *conocemos más de lo que podemos decir*. Vid. Polanyi, Michael, *Personal Knowledge. Towards a Post-Critical Philosophy*, University Chicago Press, 1958 (1962, edición corregida); y *The tacit dimension*, University Chicago Press, 1967, 2009.

²⁴ Vid. Posner, Richard A., op. cit., pp. 114 y 116. Las cursivas son mías.

²⁵ Vid. Kahan D. M., y Braman, D., (2006), “Cultural cognition and Public Choice”, *Yale Law and Policy Review*, 2006, N° 24; y vid. Antaki, Charles, *Explaining and Arguing: The Social Organization of Accounts*, Sage Publications, 1994. Cfr. Posner, Richard, op. cit, p. 135.

²⁶ Vid. Calvo González, José (2007), “Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 2007, N° 15, 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.

deben corresponder con la índole de los participantes, *la opinión pública* y los sentimientos de los oyentes (*De inventione rethorica* I, 21). 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 narrada²⁷. Por otra parte, 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 demostrativos²⁸. 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

Para Vega Reñón, las opiniones plausibles tienen 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*. 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, sucesivamente²⁹.

²⁷ Vid. Calvo González, op. cit., p. 4.

²⁸ Vid. Vega Reñón, Luis (1993), “Ta endoxa : argumentación y plausibilidad”, *Endoxa: Series filosóficas*, 1993, N° 1, UNED, Madrid, pp. 5-19, a quien seguimos en este análisis de la plausibilidad en Aristóteles.

²⁹ 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 esta parece seguir conectada al sentido común.

En cambio, Michele Taruffo sostiene que la noción jurídica de verosimilitud es confusa, ya que establece una errónea conexión entre *probabilidad* y *verosimilitud*³⁰. Este error se debe, a su juicio, a un trabajo de Calamandrei³¹, 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. 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”³².

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, 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

³⁰ Vid. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, op. cit., pp. 183-190).

³¹ Se trata de *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. Cfr. Taruffo, Michele, op. cit., p. 183, n50)

³² Vid. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, op. cit. 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 2.3., cuando se la analizó en relación a los criterios y estándares para la valoración de la prueba.

imputación de un delito a alguien³³, 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)³⁴, para distinguir el indicio de la sospecha y la conjetura³⁵, 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 Supremo³⁶, como del Tribunal Constitucional³⁷ ha establecido una serie de requisitos que debe cumplir este testimonio para darle plena *credibilidad*: 1) *ausencia de incredibilidad*³⁸, 2) *verosimilitud* y 3) *persistencia en la incriminación*³⁹.

³³ 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”.

³⁴ 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 (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.

³⁵ 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 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 en el proceso penal”, op. cit.

³⁶ Por ejemplo, SSTs 434/1999, 486/1999, 862/2000, 104/2002, 470/2003, 593/2006.

³⁷ Por ejemplo, SSTC 201/1989, 160/1990, 229/1991, 64/1994, 16/2000.

³⁸ 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

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 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 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 realicen⁴⁰: como ya se ha dicho, la verosimilitud, sigue conservando un

vengeza) 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

³⁹ 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.

⁴⁰ 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-

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.

La remisión de las propias normas jurídicas, la jurisprudencia y la teoría jurídica a criterios como la verosimilitud en la determinación de los hechos, y la circunstancia misma de que los procesos judiciales no son ajenos a la retórica, 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

víctima una fuerte oposición y resistencia, ya que cualquier otra actitud significaría que estaría “consintiendo”. Se trata de una visión 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 (STS/JAN 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 B. R. Clifford (comp.), *Evaluating witness evidence*, Nueva York: John Wiley & Sons, 1983; Manzanero, A. L. y Diges, M., “Análisis de la credibilidad de recuerdos percibidos e imaginados”, *Apuntes de Psicología*, 1994, 41 y 42, 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*, 2005, 26, 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”, Madrid: SEPIN, 2011, pp. 1-13.

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*⁴¹. Pero, si finalmente 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)⁴²; 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, concepto muy usado en España, Italia y Alemania. Sin

⁴¹ 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 sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan”, 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 (Ibidem, p. 124). Sobre este asunto, vid. también Taruffo, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. Daniela Accatino, Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 45 y ss.

⁴² Vid. Schauer, F, *Profiles, probabilities and stereotypes*, op. cit., pp. 1-25, para una caracterización de los estereotipos y prejuicios; y en relación a los estereotipos de género, pp. 131-154.

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 común⁴³. 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 corresponda⁴⁴.

Como conclusión, puede decirse que 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 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 las remisiones al 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 pueden tener en la objetividad e imparcialidad de las actuaciones y decisiones judiciales. Sólo así podrá

⁴³ Vid. Taruffo, *Simplemente la verdad*, op. cit., pp.72-77.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 78.

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); sobre todo si hablamos de los valores en comunidades que se consideran democráticas. En este sentido, y 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-teórica ni sino también en una especie de cognición cultural que suele ser tácita, y cuyo alcance y mecanismos de funcionamiento deberían ser mejor conocidos.