

LOS SESGOS EN EL CONOCIMIENTO JUDICIAL. PARA UN CONTROL DEL SENTIDO COMÚN Y DE LA PSEUDO-CIENCIA *

Biases in Judicial Knowledge. Controlling Common Sense and Pseudo-Science

ANNA DE GIULI **

Fecha de recepción: 29/06/2023
Fecha de aceptación: 27/09/2023

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN: 0008-7750, núm. 58 (2024), 173-197
<https://doi.org/10.30827/acfs.v58i.28607>

RESUMEN La literatura jurídica está dedicando cada vez más atención a los estereotipos perjudiciales en los distintos momentos procesales, desde la fase de instrucción hasta que se dicta sentencia. En este trabajo, el análisis de la estereotipación judicial, como mala praxis de la argumentación judicial, se enfocará en la sentencia. Después de evidenciar el fundamental papel de la motivación como lugar donde poder ejercer un control de las decisiones judiciales (2), y donde detectar la estereotipación judicial (3), se propondrá reflexionar sobre dos tipos de conocimiento que pueden vehicular los sesgos de una cultura discriminatoria: el sentido común (4) y la pseudo-ciencia (5). Si bien son dos tipos de conocimiento que se emplean en la motivación de la sentencia para alcanzar un mejor entendimiento de los hechos, se observa la necesidad de que el órgano judicial adopte una actitud crítica para detectar la subyacente práctica discriminatoria potencialmente presente en ambas formas de conocimiento.

Palabras clave: Estereotipación Judicial; Discriminación; Sentido Común; Pseudo-ciencia; Razonamiento Judicial.

ABSTRACT Legal literature is increasing the attention directed towards the harmful stereotypes at different procedural stages, from pre-trial phase to sentencing. In this paper, the analysis of judicial stereotyping, as a malpractice of judicial argumentation, will focus on the court judgement. After highlighting the fundamental role of motivation as a place where judicial decisions can be monitored (2) and where judicial stereotyping can be detected (3), this

* Para citar/Citation: De Giuli, A. (2024). Los sesgos en el conocimiento judicial. Para un control del sentido común y de la pseudo-ciencia. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 58, pp. 173-197.

** Università degli Studi di Milano (Italia) y Universidad de Granada (España). Departamento de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Plaza de la Universidad, 1. 18001 Granada. Correo electrónico: anna.degiuli@unimi.it. Este trabajo se enmarca en el PID 2019-108526RB-I00/AEI/10.13039/501100011033. Título: Violencias de Género y subordinación estructural: implementación del principio del *gender mainstreaming*. IP: Juana María Gil Ruiz.

paper reflects on two types of knowledge that can convey the biases of a discriminatory culture: common sense (4) and pseudo-science (5). Although they are two types of knowledge that are used in the argumentation of the judgement in order to reach a better understanding of the facts, it is necessary that the judges adopt a critical attitude in detecting the potentially underlying discriminatory practices present in both forms of knowledge.

Keywords: Judicial Stereotyping; Discrimination; Common Sense; Pseudo-science; Judicial Reasoning.

1. INTRODUCCIÓN

El acto de “juzgar” tiene una dimensión inherentemente aplicativa y, por ello, representa un momento particularmente interesante para analizar la metodología y el conocimiento jurídico que de ello se desprende. Al existir la prohibición de sentencias *non liquet*, el órgano juzgador está obligado a resolver la controversia, poniendo en relación lo universal con lo particular. La subsunción del hecho particular a la norma jurídica requiere un esfuerzo interpretativo que, para no resultar arbitrario, se vincula necesariamente a la elección de un criterio. En el intento de alcanzar la verdad procesal en la valoración de las diferentes hipótesis, la convicción del órgano jurisdiccional está conectada a un buen conocimiento del caso siempre y cuando en el razonamiento judicial se utilicen “cánones de racionalidad compartidos intersubjetivamente”¹ (Pastore, 1996, p. 44). La presencia de dichos cánones de racionalidad trata de asegurar que la argumentación judicial no se reduzca a una mera persuasión. Por ello, parece necesario parar y preguntarse: ¿a qué racionalidad nos estamos refiriendo?

La crítica feminista a la razón patriarcal (Amorós Puente, 1985) y la aparente universalidad de los derechos proclamados a raíz de la Revolución francesa, en la que Olympe De Gouges denunció el olvido de las mujeres en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), obligan a las y los juristas a operar un control en esas razones para poder contribuir a la definición de una razón que no arrastre una cultura discriminatoria. Dicha forma de control de la argumentación judicial, más allá del impulso dado por la Teoría crítica iusfeminista (MacKinnon, 1983), es obligatoria en el ordenamiento jurídico español por el propio artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LO Igualdad), en el que se prevé la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas. Dicho con otras palabras, supe-

1. Traducción mía.

rada la idea de una racionalidad monolítica, en el Estado constitucional de derecho y en la labor judicial, la racionalidad coparticipa en la evaluación del caso concreto junto a la equidad y la justicia, exigiendo la imparcialidad del órgano juzgador (Pastore, 1996, pp. 45-46).

Así, ya que “juzgar supone detentar un poder” (Gil Ruiz, 2000, p. 278) es necesario poner el foco en el deber de “tratar de potenciar al máximo los aspectos cognoscitivos de [la] práctica” (Gil Ruiz, 2000, p. 278) judicial. Por ello, en el presente trabajo, en un primer momento, se tomará brevemente en consideración el papel desempeñado por la motivación de la sentencia (2), para luego detenerse en la (mala) praxis de la estereotipación judicial (3), siendo el recurso a falsos estereotipos una práctica argumentativa que no es correcta ni aceptable.

Se han identificado a este respecto dos formas de conocimiento que pueden constituir argumentos que apoyan y fundan el razonamiento judicial: el recurso al sentido común y el recurso al saber pseudocientífico. No obstante, el juzgador debe de ser crítico hacia ambas formas de conocimiento, puesto que pueden estar impregnadas en la cultura heteropatriarcal: solo de este modo se estaría apostando por el “cambio de actitud de los operadores jurídicos [...] que exige, para su erradicación, el compromiso, la formación y la consecuente incorporación de la perspectiva de género en la práctica judicial y en la ciencia jurídica en particular” (Gil Ruiz, 2015, p. 1450).

En este sentido, el objetivo será abrir la “caja negra del conocimiento jurídico” (Ruiz Resa, 2016), empleando una perspectiva crítica que ponga de manifiesto, por un lado, la presencia de determinados argumentos de sentido común, los cuales reproducen unas condiciones sociales de discriminación (4) y, por otro lado, la existencia de pseudociencias sesgadas por la cultura heteropatriarcal (5). En ambos casos, se hace manifiesta la necesidad de que el órgano juzgador tome en serio su labor, utilizando una perspectiva crítica que le permita evitar errores en el razonamiento judicial. Dichos errores provocan que la motivación sea ilógica e irracional y que, al mismo tiempo, perpetúan y legitiman unas prácticas discursivas discriminatorias.

2. LA MOTIVACIÓN COMO LUGAR DONDE BUSCAR LOS ELEMENTOS IRRACIONALES DEL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES JURISDICCIONAL

“Motivar una sentencia” significa exponer todas aquellas razones que, en el proceso decisonal llevado a cabo por el órgano juzgador, han fundamentado un determinado fallo. Dicha manera de entender la motivación es expresión de la llamada concepción “racionalista” de la motivación

que pone el foco en las “razones”, es decir, en todos aquellos argumentos que apoyan y justifican la decisión a la cual ha llegado el órgano juzgador (Ferrer Beltrán, 2011, p. 89). Existe también otra manera de entender la motivación de la sentencia, adoptando una concepción “psicologista”, como el conjunto de motivos que se hayan dado en el proceso de toma de decisión de la jueza o del juez (Ferrer Beltrán, 2011, p. 89).

Ahora bien, el proceso de toma de decisiones no es únicamente el resultado de un proceso cognitivo analítico y racional. En este sentido, en el proceso decisorio participan también elementos heurísticos² de los cuales el mismo órgano judicial puede no ser consciente, por lo que no todos los motivos están explicitados en la sentencia. Por esa razón, en el presente trabajo el foco se pondrá en las razones que justifican la motivación, o sea, en la concepción “racionalista” de la motivación.

La motivación tiene diferentes funciones, cuya finalidad básica es la de realizar un control sobre la corrección del razonamiento judicial. En primer lugar, se realiza una función preventiva (Andrés Ibáñez, 1992, p. 292), en la que la jueza o el juez, al estar obligado a explicitar las razones que la o lo llevaron a un determinado fallo, debería darse cuenta de eventuales errores presentes en su razonamiento. Dicha función por sí sola no es suficiente ya que los procesos cognitivos humanos son complejos y puede ocurrir que una decisión tomada únicamente a través del recurso a elementos heurísticos se disfrace de una racionalidad aparente a través del auxilio del “sistema analítico” —es decir, una racionalidad a posteriori con respecto a la intuición inicial— que busca razones que formalmente apoyen aquella decisión. Como se mencionaba anteriormente, las y los jueces pueden no ser conscientes de que la decisión final está basada en elementos no racionales. Por ello, son fundamentales las funciones endoprosesal y extraprosesal de la motivación: la primera permite un control a través de las partes del proceso, que pueden recurrir ante la presencia de vicios en la motivación; en cambio, en la función extraprosesal, se lleva a cabo un control externo por parte de la comunidad de referencia en un ordenamiento jurídico, en el que participan también las y los juristas.

Nuevamente, volvemos a la centralidad de la obligación de “dar razones” —más allá de “tener razones” (Ferrer Beltrán, 2011, p. 94)— para una decisión que salvaguarde la tutela judicial efectiva. Como se ha señalado por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 44/2017 de 9 de octubre,

2. Los heurísticos son atajos mentales fundamentales a la hora de formular decisiones o respuestas ante preguntas complejas, de manera rápida y eficiente y con un esfuerzo cognitivo reducido (Kahneman & Tversky, 1972; 1974).

la motivación tiene que dar cuenta de que la “‘ratio decidendi’ sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad”. Es en la motivación donde se puede operar un control y diferenciar una argumentación racional de una arbitraria. En palabras del Tribunal Constitucional, Sentencia 134/2008 de 23 de octubre, fundamento jurídico 2:

[...] una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aún constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo.

Por tanto, incluso cuando haya una justificación interna del razonamiento que pueda considerarse correcta desde un punto de vista lógico-deductivo, es necesario investigar la justificación externa, la cual se pone en un plano sustancial-axiológico de corrección y aceptación de las premisas del razonamiento judicial. Dicha aceptación está inevitablemente conectada al contexto jurídico y social de referencia y conlleva “el empleo de determinadas premisas, moralmente calificadas (adecuadas, justas, correctas)” (Mendonca, 2011, p. 207). Además, cabe destacar que la adopción de un criterio de justificación externa “—criterios de la razón práctica— [...] determinan una interpretación de la ley frente a otra, o una versión de los hechos frente a otra” (Gil Ruiz, 2000, p. 294).

Puesto que la decisión se articula en un proceso dialéctico de progresiva concretización de la *quaestio facti* en la *quaestio iuris* y viceversa, en una relación de mutua interdependencia, y ya que la motivación se articula entre esos dos polos —es decir, las razones fácticas y las razones jurídicas que fundamentan una decisión—, en este trabajo la atención se dirigirá hacia algunos aspectos de la justificación externa probatoria. En palabras de Taruffo (2013), la justificación externa de la averiguación de los hechos implica que:

[...] el juez debe proveer argumentos racionales relativos a cómo evaluó las pruebas y a las inferencias lógicas por medio de las cuales llegó a determinadas conclusiones sobre los hechos de la causa (Taruffo, 2013, p. 105).

Así, en este trabajo, el razonamiento probatorio junto con la estereotipación judicial —a la que se hará referencia en el próximo apartado (3)— constituyen el marco donde se inserta el análisis del conocimiento derivado del sentido común y de las pseudociencias y su impacto sobre la igualdad. En particular, cuando el razonamiento probatorio incluye argumentos estereotipados o prejuicios sobre el género, es evidente que estamos ante

una vulneración del deber de motivación, siendo esta última sólo aparente al no incluir una perspectiva de género que permitiría identificar aquellas “razones” que perpetúan una cultura discriminatoria.

3. LA ESTEREOTIPACIÓN JUDICIAL COMO MALA PRAXIS DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

Simone Cusack (2014, p. 2) identifica dos significados en la expresión “estereotipación judicial”³ (*Judicial Stereotyping*): por un lado, la atribución a una persona de ciertas características o roles por su simple pertenencia a un grupo y, por otro lado, la perpetuación de estereotipos nocivos ante el fracaso al desafiar la estereotipación. Si bien puede parecer poco útil distinguir entre esas dos prácticas judiciales porque a menudo se trata de dos caras de la misma moneda, dicha distinción permite poner el foco en los dos destinatarios de o afectados por el acto de estereotipar —eso es, el individuo y el grupo—, lo cual abre diferentes problemas y cuestiones. Antes de profundizar este último aspecto, es necesario volver sobre el significado y las funciones que puede tener un “estereotipo” en el ámbito judicial.

La definición de “estereotipo” adoptada por Rebecca J. Cook e Simone Cusack (2010) en *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales* es la siguiente:

Una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir (v.g. mujeres, lesbianas, adolescentes) (Cook & Cusack, 2010, p. 11).

Esta definición, además de ser un referente en la literatura jurídica sobre estereotipos, explicita algunos elementos que configuran la noción de estereotipo tales como: el tipo de información que vehicula (una generalización), el contenido (atributos, roles y características) y los sujetos a los que se refiere (miembro y grupo social). Esta es una definición amplia y no necesariamente posee una connotación negativa, lo cual es coherente tam-

3. “Estereotipación” es un término que no está tan difundido en el lenguaje ordinario castellano, y aún lo está menos la expresión “estereotipación judicial” en el ámbito jurídico. No obstante, esta expresión se ha utilizado en la traducción al español del volumen *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives* de R. J. Cook, S. Cusack, previa consulta de su corrección lingüística a la Real Academia Española. R. J. Cook, S. Cusack (2010). *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*. (A. Parra, Trad.). Profamilia. (Obra original publicada en 2009).

bién con diferentes posturas adoptadas en las ciencias psicológicas con respecto a la noción de estereotipo (Dovidio *et al.*, 2013). De hecho, las autoras especifican que la generalización no es necesariamente representativa del grupo y subrayan el papel de las expectativas de comportamiento que se generan debido al estereotipo. Cook y Cusack, después de haber presentado los estereotipos como componentes cognitivos, desarrollan en particular los efectos negativos de los “estereotipación de género perjudicial” (Cook & Cusack, 2010, p. 56).

Antes de seguir con las problemáticas relativas a la estereotipación, puede ser útil identificar algunas de las funciones desempeñadas por los estereotipos —en cuanto componentes cognitivos— en el ámbito judicial. En primer lugar, el estereotipo cumple una función heurística, debido a su estrecha vinculación con el sistema de pensamiento intuitivo. En el ámbito procesal-penal puede activarse ya desde los primeros momentos en el contexto de descubrimiento, cuando el estereotipo dirige e influencia la atención del órgano juzgador, por ejemplo, en la identificación de los temas de la prueba o en la construcción de las diferentes hipótesis delictivas. En segundo lugar, el estereotipo puede desempeñar una función epistémica, es decir, cuando el estereotipo es representativo de un grupo social y por lo tanto transmite una información de tipo probabilístico que aporta un conocimiento sobre las características que suelen pertenecer a un miembro de un determinado grupo. En este caso, dependiendo del respaldo estadístico que este tiene, estaremos ante un estereotipo falso, insostenible o sostenible (Arena, 2022, pp. 235-236). Por último, el estereotipo cumple una función justificativa en el momento en el que se incluye en la motivación de la sentencia como razón que apoya una determinada decisión. Cada una de estas funciones merecerían un análisis específico sobre su impacto en el proceso de toma de decisiones en el ámbito judicial; no obstante, por razones de espacio y por el objetivo que aquí se persigue, este trabajo se enfocará sobre todo en la función justificativa. Por supuesto, pueden existir estereotipos que influyen al órgano juzgador, pero que no llegan a manifestarse en la motivación de la sentencia.

Ahora bien, es necesario retomar la cuestión del impacto de la estereotipación judicial en el individuo y en el grupo, puesto que ambas dimensiones ponen de manifiesto la necesidad de que el órgano juzgador tome en serio su labor y emplee una perspectiva crítica hacia los estereotipos presentes en sus propios procesos cognitivos o en el conocimiento de expertos en determinadas áreas.

En el primer caso, el acto de atribuir a una persona una característica o un rol por la mera pertenencia a un grupo hace referencia a una praxis que prescinde de cualquier valoración individual. Sin duda, cualquier decisión

que prescinda de los elementos peculiares del caso concreto puede y debe tacharse de arbitraria. La función judicial es la de dirimir una controversia concreta y la interpretación parte de y está “orientada a los hechos” en la búsqueda de la verdad factual y de la norma jurídica aplicable. Por tanto, si el órgano juzgador aplica un estereotipo y no lleva a cabo ninguna actividad dirigida a la averiguación de si la generalización es razonable o plausible en el caso concreto, estaría realizando una inferencia que se autoalimenta. En este sentido, no estaríamos ante un uso de las generalizaciones dirigido a buscar elementos argumentativos externos que confirmen la decisión, dotándola de mayor coherencia narrativa, sino que el estereotipo sería auto-referencial, al estar totalmente desligado de las circunstancias concretas del caso. Esto plantea, además, un primer problema relativo a aquellos estereotipos que se han interiorizado y son parte de la identidad social e individual (Arena, 2023; Blum, 2004; Poggi, 2023). ¿Qué postura habría que adoptar hacia aquellas personas que sostienen adoptar un rol discriminatorio por “libre voluntad”? ¿Cómo debería abordarse la cuestión de la autonomía individual y el aprendizaje social que se da en las relaciones entre grupos? Si bien son preguntas de difícil respuesta, contestarlas es un “desafío al que hay que enfrentarse” (Gil Ruiz & Rubio Castro, 2023, p. 633).

Un segundo problema se plantea con respecto a si el estereotipo, junto con la valoración contextual concreta, puede aportar algún tipo de conocimiento. Es evidente que los estereotipos falsos y aquellos insostenibles no deben tener cabida en la argumentación judicial, pero la cuestión se complica cuando concurren elementos descriptivos y normativos, como pusieron de manifiesto ya en 1999 Alda Facio y Lorena Fries (1999, p. 16). En efecto, en el caso de estereotipos con base estadística que pueden, por tanto, tener una función epistémica, se plantea la cuestión de si pueden ser elementos a tomar en cuenta y bajo qué condiciones, ya que el carácter normativo del estereotipo prescinde del análisis empírico y es justamente lo que contribuye a perpetuar la condición de opresión (Arena, 2023, p. 11). De momento, el foco de atención está en aquellas formas de estereotipación judicial que tienen por objeto estereotipos que reiteran roles y atributos propios de la cultura discriminatoria y perjudican al sujeto. Contra estos hay un claro acuerdo sobre la necesidad de contrastarlos —incluso entre quienes reconocen la función epistémica—, en favor de un enfoque que preste atención únicamente a las características individuales. Sin embargo, como vimos, existen algunas sombras en el hecho de tratar a una persona por sus características individuales en el momento en que esta insertada en un contexto que ha llevado a interiorizar un estereotipo normativo-opresivo. No es el objetivo de este trabajo profundizar esa temática. No obstante, hablar de estereotipación judicial obliga a las y los juristas a reflexionar sobre estas

cuestiones y sobre esta tensión entre lo individual y lo grupal, teniendo en mente que, como dijo Simone de Beauvoir, hay opresores entre los propios oprimidos (De Beauvoir, 1956).

El segundo significado de la estereotipación judicial (siguiendo a Cusack, 2014) como acto de perpetuar los estereotipos nocivos ante el fracaso al desafiar la estereotipación, nos lleva a otras cuestiones que están relacionadas con la función judicial y, en especial, con los “criterios rectores de la actividad jurisdiccional en el Estado de Derecho: el imperio de la ley, el imperio de la justicia y el imperio de la sociedad” (Gil Ruiz, 2000, pp. 297-298). Referirse a “estereotipos nocivos” es coherente con una perspectiva que asuma los avances que se han dado en el ámbito psicológico por el cual el estereotipo, como ya se ha comentado, es un componente cognitivo, y se utiliza el adjetivo “nocivos o perjudiciales” para identificar sólo aquellos estereotipos que permitan perpetuar culturas discriminatorias. Esto nos lleva, por tanto, a diferenciar las situaciones en las que los estereotipos pueden o no entrar en la argumentación judicial como “razones”. En este sentido, parece importante recordar otro elemento definitorio de los estereotipos en el que hay acuerdo en la doctrina: se trata del contenido de un estereotipo. *Per se*, el contenido es neutro, lo cual se debe al hecho de que su valoración positiva o negativa depende necesariamente del contexto. Por ejemplo, el rol de cuidado desempeñado por las mujeres entra dentro de los estereotipos con base estadística que son representativos de un grupo (en este caso, el grupo de las “mujeres”) y, desde una perspectiva de género, deberíamos estar de acuerdo en clasificarlo como una división de roles que es el resultado de una cultura patriarcal. Ahora bien, este estereotipo representativo y discriminatorio puede (y debe) emplearse para contrastar esta cultura y reconocer el impacto que tuvo ese rol patriarcal impuesto —porque no es ni una característica innata de las mujeres ni una libre elección (Gil Ruiz, 2007)— en la mujer, teniendo así un uso favorable hacia el individuo.

En este apartado, se ha tratado de problematizar el empleo de estereotipos en la motivación del órgano judicial, por un lado, evidenciando aquellas (malas) praxis que claramente entran en la definición de estereotipación judicial dada por Cook y Cusack y, por otro lado, destacar la presencia de otras formas de emplear los estereotipos en la argumentación que son o podrían ser legítimas. A este respecto, la estereotipación judicial deviene en una mala praxis en el momento en que genera presunciones (que tienen una raíz discriminatoria) sobre el colectivo e inferencias sobre las personas. Una de estas dimensiones —o ambas— pueden estar presentes en la motivación de la sentencia y, en este caso, el estereotipo tendrá esa función justificativa de la decisión. A título ejemplificativo, en el caso “Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante

TEDH—, sentencia de 25 de julio de 2017) el *Supremo Tribunal Administrativo* de Portugal había rebajado una indemnización de 80.000€ a 50.000€ derivada de una cirugía genital a la que se había sometido una mujer por problemas ginecológicos y que le había dejado diferentes secuelas —entre ellas, le imposibilitaba tener relaciones sexuales—. El tribunal portugués había expuesto la siguiente razón para la justificación de la rebaja⁴:

[...] no hay que olvidar que en el momento de la operación la demandante ya tenía 50 años y dos hijos, es decir, una edad en la que el sexo no es tan importante como cuando eres más joven, su importancia disminuye con la edad.

Más allá de la diferencia de trato con respecto a otros casos similares relativos a dos hombres y que se evidenció por parte del TEDH⁵, de esa argumentación podría extraerse la siguiente relación entre estereotipo-presunción-inferencia⁶: el estereotipo que se presupone —marcadamente falso— es que “las mujeres están destinadas principalmente a ser madres”; la presunción derivada, que operaría hacia el colectivo es que “las mujeres tienen relaciones sexuales solo con fines de procreación”; por último, la inferencia sobre la persona es que “una mujer mayor que por su edad ya no puede ser madre no necesita tener relaciones sexuales”.

Cuando el órgano juzgador utiliza esas argumentaciones está perpetuando una práctica discursiva discriminatoria que, al estar institucionalizada, conlleva una (apariencia de) legitimación que repercute también en su aceptación social. Por otra parte, el empleo de estereotipos como razón en la motivación está justificado si la finalidad es contrastar esos estereotipos a través del empleo de la perspectiva de género. Por último, no queda claro qué postura tendría que tomar la jueza o el juez cuando los estereotipos se han interiorizado por las personas —es decir, las que son partes del proceso—, en cuanto dejan de ser estereotipos y son parte de la identidad individual. Ante esos casos, ¿en qué circunstancias se puede dar preferencia

-
4. TEDH, sentencia de 25 de julio de 2017, Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal, par. 15.
 5. Por razones de espacio no es posible detenerse sobre ese punto. Se remite a: TEDH, sentencia de 25 de julio de 2017, Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal, par. 55.
 6. El uso de la relación estereotipo-presunción (colectivo)-inferencia (persona) como metodología de análisis de los estereotipos nocivos de género se ha empleado en el documento elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2017). Dicho método de análisis es interesante porque trata de diversificar la dimensión grupal de la individual.

a la autonomía individual, en detrimento de la valoración de una práctica social discriminatoria interiorizada?

4. EL SENTIDO COMÚN A JUICIO: A PROPÓSITO DE LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA

Antes de adentrarse en la temática del sentido común y ver su incorporación en la motivación como una de las razones que justifican un determinado fallo, quizás sea necesario dar un paso atrás para ver por qué el sentido común entra en el proceso. Y es que está fuertemente relacionado con la comprensión de los hechos y con la averiguación de la verdad a través del análisis del material probatorio.

Los problemas conectados con la fijación de los hechos del asunto son de diferente naturaleza y la pretensión de alcanzar la “verdad” de los hechos se pone en tensión con otras características estructurales del proceso, tales como los tiempos del proceso, la obligación del órgano juzgador de resolver la controversia, la no repetibilidad de los hechos y la imposibilidad de retroceder en el tiempo al momento de los acontecimientos, y, por último, el inevitable conflicto de intereses entre las partes. En este sentido, no se puede pretender que en el proceso penal se alcance una verdad objetiva o una verdad absoluta (Pastore, 2005; Tuzet, 2016; Marchese, 2019), pero sí existe una “tensión veritativa” (Pastore, 2005, p. 29 y ss.), es decir, una aspiración por determinar la verdad de los hechos. Se trata, en palabras de Ferrajoli, de una verdad “por lo que sabemos, es decir, con respecto al conjunto de conocimientos confirmados que poseemos” (Ferrajoli, 1991, p. 23), siendo probable, opinable o de aproximación.

Ahora bien, dicha “verdad procesal o jurídica” se da sobre unos elementos fácticos que son objeto de juicios de carácter valorativo emitidos por el órgano juzgador. Tal valoración recae sobre:

[...] las conductas de las personas implicadas a los efectos de la aplicación de una norma de carácter sustantivo, [...] las conductas procesales de las partes implicadas y [...] las pruebas propuestas, admitidas y practicadas. (Lousada Arochena, 2020, pp. 119-121).

Es en la dialéctica probatoria donde el órgano juzgador forma su íntima convicción gracias a la participación de las partes en concordancia con el principio de contradicción. Los sesgos, los estereotipos y, más en general, el sentido común como un tipo de conocimiento que los vehicula entran en este proceso dialéctico —bien a través del propio órgano juzga-

dor, bien a través de las abogadas y los abogados, las y los peritos, etc.— e influyen la percepción de los hechos y la identificación de los aspectos más sobresalientes del asunto (Ruiz Resa, 2013, p. 118; González-Lagier, 2005). En suma, el sentido común participa en la comprensión de los hechos, lo cual es inevitable desde un punto de vista cognitivo —tal vez, incluso necesario— y puede ser un elemento más que puede ayudar a un mejor conocimiento (Twining, 2006). No obstante, requiere necesariamente de un control activo porque, a la vez, puede dar paso a la arbitrariedad.

A este respecto, con la expresión “sentido común” se hace referencia a:

[...] 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. (Ruiz Resa, 2013, p. 115).

Se trata de un tipo de conocimiento que se desarrolla, se reproduce y se transmite en una determinada comunidad y su uso puede no ser consciente. El sentido común forma parte de las narraciones judiciales que se construyen a lo largo del proceso y, por ello, Taruffo identifica el contenido del sentido común en lo que Twining llama “stock of knowledge” (Taruffo, 2010, p. 199). En este sentido, Twining habla de un conjunto de creencias en las que entran, entre otras, informaciones que pueden estar más o menos fundadas, modelos sofisticados, mitos, proverbios, estereotipos y prejuicios (Twining, 2006, p. 338)⁷, y su uso por parte del individuo prescinde de una comprobación empírica. Estas características hacen que el sentido común —como ya se dijo también con respecto a los estereotipos—, requiera de un análisis crítico porque si bien podría entrar entre aquellas generalizaciones que según David Schum (2001) constituyen el “pegamento” del razonamiento inferencial, no puede de ninguna manera convertirse en un instrumento a través del cual vehicular un conocimiento que parte de unas raíces discriminatorias.

Así, en el ámbito judicial una de las manifestaciones del sentido común es el *id quod plerumque accidit*, brocardo latino que literalmente significa “lo que ocurre con frecuencia”. Su uso está incorporado a la doctrina juris-

7. En concreto, Twining (2006, p. 338) afirma: “A ‘stock of knowledge’ does not consist of individual, empirically tested, and readily articulated propositions; rather, both individually and collectively, we have ill-defined agglomerations of beliefs that typically consist of a complex soup of more or less well-grounded information, sophisticated models, anecdotal memories, impressions, stories, myths, proverbs, wishes, stereo-types, speculations, and prejudices. Fact and value are not sharply differentiated”.

prudencial y, fundamentalmente, hace referencia a aquellos acontecimientos que se consideran previsibles con un razonable grado de probabilidad “de acuerdo con las reglas de la experiencia teniendo en cuenta lo que normalmente habría sucedido en la mayoría de los casos”⁸. Así pues, el recurso a la experiencia es el medio a través del cual se introducen argumentos sesgados —sentido común y estereotipos—, bajo una (supuesta) generalización de las características de situaciones o personas.

En este sentido, experiencia y generalización son dos elementos claves que en la argumentación judicial se recogen en las llamadas “máximas de experiencias”, siendo estas últimas un elemento que puede conformar el razonamiento judicial. Las máximas de experiencia representan un “puente inferencial” que, a partir de una generalización que está basada en la experiencia pasada y observada, lleva a sacar conclusiones sobre el material probatorio (Tuzet, 2016, p. 182). Por lo tanto, al tratarse de una inducción, las conclusiones no pueden ser verdaderas o falsas, sino que estaríamos ante unas conclusiones de las que se puede asumir un mayor o menor grado de probabilidad o plausibilidad⁹. Llegados a este punto, parece relevante tener en cuenta alguna de las clasificaciones sobre los diferentes tipos de generalizaciones, ya que nos permite una primera aproximación crítica a las mismas en términos de fiabilidad y exactitud de la información. Se trata de un control que tiene un carácter preliminar con respecto al control sobre el contenido de la información y las repercusiones de este en el asunto específico. Ambos planos de análisis están dirigidos a averiguar el tipo de conocimiento que aporta una generalización —bien de sentido común o de estereotipos— al juicio: el primer plano trata de responder al grado de precisión que tiene la información; mientras que el segundo se interesa más bien en si la información reproduce un patrón discriminatorio y, en su caso, las repercusiones que tiene en el asunto concreto.

Schauer distingue entre generalizaciones que carecen de cualquier apoyo empírico, llamadas “generalizaciones espurias”, y aquellas que tienen base estadística o fáctica, es decir, las “generalizaciones no espurias” (Schauer, 2006, p. 7). Dentro de esas pueden darse también generalizaciones

8. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, núm. 913 de 23 de diciembre de 2021, FD XII, par. 3.3.

9. Sobre este punto, también Schum (2001, p. 82) evidencia la gradualidad de la “fuerza” de la generalización como puente inferencial: “While we can say that generalizations and ancillary evidence help us to defend the strength of links in chains of reasoning we construct, we can also say that generalizations and ancillary evidence represent the “glue” that holds our arguments together. Naturally there will be argument about whether we have used either the correct or strong enough “glue” to hold our arguments together”.

universales por definición o en términos empíricos¹⁰. En cambio, Taruffo elabora una clasificación de las generalizaciones a partir de las máximas de experiencia, distinguiendo entre: “generalizaciones que se pueden considerar válidas”, fundadas en conocimiento científicamente confirmado; las “cuasi-generalizaciones”, que tienen un alto grado de probabilidad y el margen de error es tolerable; las “generalizaciones incompletas no espurias”, que expresan prevalencias estadísticas; las “generalizaciones espurias”, que no tienen ninguna confirmación estadística o científica, o en las que el grado de probabilidad es bajo; y, por último, las “generalizaciones radicalmente espurias”, que no tienen ningún fundamento estadístico ni cognoscitivo determinable (Taruffo, 2009; Muffato, 2021; Pasta, 2021). En la clasificación que se vio anteriormente con respecto a los estereotipos propuesta por Arena, los estereotipos falsos se reconducen a las generalizaciones (radicalmente)¹¹ espurias. A este respecto, parece interesante una ulterior especificación ofrecida por Taruffo con respecto al contenido de las generalizaciones radicalmente espurias que fundan algunas máximas de experiencia y que son expresión de:

[...] prejuicios sociales difundidos, de género (como aquellos por los que las mujeres son seres irracionales y, por tanto, su testimonio no es atendible), de raza (por los cuales los negros son intelectualmente inferiores con respecto a los blancos), de religión (por los que los ateos no son personas en las que confiar), de carácter político (por los que los que pertenecen a partidos progresistas son socialmente peligrosos), y una inmensa variedad de otros tipos. (Pasta, 2021, p. 1266; Taruffo, 2009, p. 559)¹².

A la luz de las definiciones antes mencionadas, cuando estamos ante una generalización radicalmente espuria o un estereotipo falso, el enunciado viene formulado por parte del órgano juzgador en términos de generalización, avanzando unas pretensiones descriptivas, aunque su valor cognoscitivo es, en verdad, inexistente. Por supuesto, en dichas condiciones no es ni siquiera una generalización aceptable desde un punto de vista formal para hacer de “pegamento” en el razonamiento inferencial porque

10. El ejemplo que utiliza Schauer para las generalizaciones universales por definición es “Todos los solteros no están casados”. Para las generalizaciones universales en términos empíricos especifica que hay generalizaciones que son consideradas universales hasta que no se descubra lo contrario. Por ejemplo, la generalización “todos los cisnes son blancos” tenía una base empírica hasta que se descubrió que había algunos cisnes negros en Australia y entonces dejó de ser una generalización universal. (Schauer, 2006, p. 8).

11. Dependiendo de si se adopta la clasificación de Schauer o Taruffo.

12. Traducción mía.

no cumple con el criterio del *id quod plerumque accidit* y no debe tener espacio alguno en la motivación de la sentencia. No obstante, más allá de no ser un enunciado descriptivo, el problema es que tal enunciado esconde un valor normativo, a través del cual el órgano juzgador está perpetuando una visión de cómo una persona debería ser o debería actuar ante determinadas situaciones. Es un enunciado incorrecto tanto desde un punto de vista lógico como ético-axiológico.

Así, por ejemplo, cuando se deniega la baja maternal a una mujer recién empleada, que ha accedido a la fecundación in vitro, argumentando que “una mujer que ha accedido a la fecundación in vitro debe ser considerada físicamente no idónea a aceptar un empleo y que [...] no habría tenido, en verdad, que ser contratada por ningún empleador”¹³, la generalización o máxima de experiencia que subyace —que puede ser implícita o explícita en el razonamiento judicial— es la siguiente: “las mujeres no deben trabajar o buscar un empleo durante el embarazo o cuando pueda haber la mera posibilidad de que esto pase”¹⁴. Si de verdad tomáramos estas argumentaciones como correctas, llegaríamos a la conclusión de que en todas las parejas en las que se esté buscando tener hijos, la mujer debería permanecer en casa únicamente esperando a quedarse embarazada. De la misma manera que, en un asunto sobre responsabilidad parental y reconocimiento de derechos a una hija de una mujer no casada, se justifica una norma que implicaba una distinción con respecto a los hijos de parejas casadas¹⁵, afirmando que “no hay ninguna certeza de que la madre no casada esté dispuesta a asumirse ella sola la responsabilidad de la maternidad; [...] muchas mujeres no casadas no reconocen su propio hijo”¹⁶; lo que es criticable bajo un doble aspecto. Por un lado, la valoración del caso concreto llevaría a falsar aquella máxima de experiencia a través del contraejemplo de la propia madre-recurrente porque la conducta de la “mujer no casada” fue exactamente la opuesta: es decir, enfrentarse a un largo camino de juicios hasta llegar a un tribunal supranacional (el TEDH) porque quería asumir su responsabilidad como madre. Por tanto, no es razonable pensar que esta madre no quisiera asumir su responsabilidad únicamente por ser madre no casada. Por otro lado, implica necesariamente una presunción en favor de las parejas casadas de las que sí se consideraría que tienen la voluntad de asumir esa responsabilidad, aunque, también en este caso, se darían contraejemplos en la realidad social que desmontarían el fundamento de la diferencia de trato.

13. TEDH. Sentencia de 4 de febrero 2021, *Jurcic v. Croacia*. Par. 21.

14. TEDH. Sentencia de 4 de febrero 2021, *Jurcic v. Croacia*. Par. 83.

15. Será el TEDH al declarar la discriminación de trato de la norma.

16. TEDH. Sentencia de 13 de junio de 1979, *Marckx v. Belgium*. Par. 14.

Esos tipos de enunciadados no faltan, como es sabido, en los casos de violencia de género, donde las máximas de experiencias intervienen para disminuir la credibilidad de la mujer que denuncia la violencia. Así, se perfila una víctima ideal (joven y guapa)¹⁷, cómo se debería actuar ante una violación (la resistencia activa)¹⁸ y cuándo se debería denunciar (justo después de la violación)¹⁹. Se trata de enunciadados que expresan un sentido común machista o masculino²⁰ y que, a la vez, no cuentan con algún tipo de apoyo empírico.

-
17. Basta con recordar dos sentencias italianas que han incluido el mencionado estereotipo de la víctima ideal joven y guapa. La primera es la sentencia n. 2408 del 23 de noviembre de 2017, de la Corte d'appello di Ancona. En ella se habla de una "astuta peruana", incorporando el estereotipo acerca de las personas peruanas. La mujer había sido denominada en el móvil de su agresor con el nombre de "Beka Vikingo", lo que el tribunal italiano utilizó como una evidencia por la que la víctima no gustaba al presunto agresor. Además, el tribunal se explaya más en la condición física de la víctima que tiene una "personalità tutt'altro che femminile, quanto piuttosto maschile, che la fotografia presente nel fascicolo processuale appare confermare". En otra sentencia, más conocida en el panorama internacional por haber sido objeto del reciente Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité de la CEDAW) respecto de la comunicación núm. 148/2019 (asunto A. F. contra Italia), se había puesto de manifiesto la presencia de estereotipos relacionados con la edad de la víctima en el razonamiento judicial del órgano juzgador italiano por parte del Comité de la CEDAW.
 18. El Grupo de Expertos en la lucha contra la Violencia contra la mujer y la violencia doméstica (GREVIO) contrasta este estereotipo por el cual la víctima debería emplear una resistencia activa remitiéndose a estudios y datos estadísticos: "Research studies show that a substantial number of victims do not resist the perpetrator in any way: tonic immobility is described as an involuntary, temporary state of motor inhibition in response to situations involving intense fear. In various studies, significant immobility was reported by 37% to 52% of sexual assault victims. See Moller A., Sondergaard H. P. and Helstrom L. (2017), 'Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression', in *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica*, 2017; 96: pp. 932-938". GREVIO/Inf(2022)2, Baseline Evaluation Report. Germany, Par. 267.
 19. Si bien la rapidez con la que la víctima denunció los hechos suele utilizarse como argumento en apoyo a la credibilidad (o menos) del relato de la víctima, en verdad hay diferentes factores que influyen en la denuncia tardía por lo que no debería llevar a ninguna inferencia acerca de la credibilidad de la víctima. Evidencia de esto es un estudio llevado a cabo en Estados Unidos sobre la tardanza en denunciar las agresiones sexuales, en el cual se observa que: "consistent with previous literature (Bicanic *et al.*, 2015; Klemmer *et al.*, 2021), in majority of cases (n=290, 70.0%) delays in reporting were higher for the younger age group (17-26 years old), an average of 53.3 days, as compared to the older age groups (27-36, 37-46, and 47+ years old), an average of 2.7, 25.6, and 8.2 days, respectively" (Tavarez, 2021, p. 30)
 20. Los rasgos ideales de una víctima joven y guapa son expresión de un sentido común machista, al estar conectado con la cosificación del cuerpo femenino, mientras que la

Por último, esas máximas de experiencias o generalizaciones, lejos de cumplir con las condiciones empíricas requeridas por el *id quod plerumque accidit*, se revelan como meras conjeturas del órgano judicial ya que sobre ellas no es posible operar algún control empírico y no ofrecen ninguna demostración razonable o plausible. Llevar a cabo un escrutinio de la supuesta máxima de experiencia, buscando argumentos que bien la falsen o bien la confirmen²¹, permitiría, cuanto menos, reducir el riesgo de error de un elemento del razonamiento judicial —esto es, la máxima de experiencia— que es tan “necesario como peligroso” (Twining, 2006, p. 334)²².

5. ENTRE CIENCIA Y PSEUDO-CIENCIA

Cuando se habla de conocimiento científico resulta instintivo relacionarlo con características como la objetividad y la neutralidad. En el ámbito judicial el conocimiento manifestado por expertos goza de “fiabilidad”, lo que en la literatura jurídica “suele usarse como sinónimo de ‘credibilidad’, ‘autenticidad’, ‘aceptabilidad’ o ‘validez’” (Vázquez-Rojas, 2014, p. 66). Por otra parte, el derecho moderno está “constitutivamente orientado hacia una idea de racionalidad de alguna manera ‘científica’” (Farano, 2022, p. 5)²³ y, por ello, la presencia de expertos en el proceso es cada vez más frecuente y es funcional a la averiguación de la verdad. Según Tuzet (2016, pp. 195-196), derecho y ciencia cada vez interactúan más en lo que parecería ser un “círculo virtuoso” en el que el derecho acude a la ciencia para una mejor comprensión de los presupuestos facticos del asunto, mientras que la ciencia se adapta a los criterios probatorios definidos por el derecho para poder ser utilizada como medio de prueba en el proceso.

Ahora bien, la definición de ciencia no es única, sino que es un concepto contextual, un fenómeno histórico que para su delimitación

resistencia activa es un reflejo del sentido común masculino, al aplicar a las mujeres la reacción que normalmente tendría el hombre medio ante una agresión.

21. Taruffo ha propuesto reglas de uso negativo y de uso positivo de las máximas de experiencia (Palavera, 2017, pp. 269-270; Tuzet, 2021, pp. 12-13). A lo largo de este párrafo se ha intentado utilizar algunas de estas reglas para contrastar los argumentos utilizados por los órganos judiciales en las decisiones que se mencionaron en este párrafo, ofreciendo contraejemplos, remitiendo a los estudios científicos y datos estadísticos y, también, evidenciando las contradicciones que suponía aceptarlas en la cultura socialmente compartida de nuestro tiempo.
22. Traducción mía.
23. Traducción mía.

y reconocimiento depende de la comunidad científica (Morales Jasso & Benítez Ramírez, 2019). Así, puesto que todo conocimiento está situado en el tiempo y en el espacio, hay conocimiento derivado de las ciencias que pierde su estatus de “conocimiento científico” debido al progreso científico. Por otra parte, hoy en día se reconoce el impacto de los sesgos cognitivos en las ciencias, sesgos que pueden intervenir en la fase de la definición de las hipótesis por parte de los expertos, lo cual obliga a una “vigilancia epistemológica” (Morales Jasso & Benítez Ramírez, 2019, p. 29). Cuanto se acaba de mencionar adquiere particular relevancia en el marco de la estereotipación judicial, a la luz de la distinción entre ciencia y pseudo-ciencia. En este sentido, la pseudociencia es una forma de conocimiento que vehicula un conjunto de creencias que se enmascaran bajo el aparente uso de un método científico (Hansson, 2021). Así pues, ¿la intervención de expertos en el juicio asegura la presencia de un conocimiento libre de aquellos sesgos antes mencionados con respecto al sentido común? El objetivo de este apartado será ofrecer una primera aproximación al problemático ingreso del conocimiento pseudocientífico en el juicio, el cual, a pesar de presentarse como formalmente científico, podría estar sesgado por creencias y tradiciones que pueden tener a su vez un fundamento discriminatorio.

En este marco, adquiere particular relevancia la perspectiva crítica que debe de adoptar el órgano juzgador al ser *Iudex peritus peritorum* (“El juez es perito de peritos”). Las juezas y los jueces tienen que comprender y escuchar activamente el conocimiento de las personas expertas para llevar a cabo un control de este, con el fin de conservar y proteger el “nomos y [...] la racionalidad del juicio” (Giunta, 2014, p. 578; Pulitanò, 2013, p. 141)²⁴, adoptando para ello las reglas de la sana crítica y pudiéndose desvincular del mismo. En lo que sigue, se proponen algunos argumentos que son parte de sentencias representativas de dos casuísticas en las que emerge la importante función de crítica judicial hacia el conocimiento pseudocientífico. En particular, cuando se cuestiona el “fundamento científico controvertido” o cuando haya una “cuestión controvertida en doctrina”.

Con respecto al problema del “fundamento científico controvertido”, parece interesante referirse a la reciente jurisprudencia de la Corte di Cassazione italiana sobre el Síndrome de Alienación Parental, ya que se aclara el rol y la actitud que debería tener el órgano judicial en cuanto *Iudex peritus peritorum*. El llamado Síndrome de Alienación Parental no goza de consenso en la doctrina y, de hecho, no está incluido en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-5) de la Asociación Ame-

24. Traducción mía.

ricana de Psiquiatría (2013) como una categoría diagnóstica. Reyes Cano (2022) se detuvo en la explicación del Síndrome de Alienación Parental, evidenciando como “de forma soterrada” éste se sigue aplicando a través del uso de “otras terminologías aún no reprobadas”(Reyes Cano, 2022, p. 285). Así pues, en Italia, el dictamen pericial podía referirse bien al Síndrome de Alienación Parental, bien al Síndrome de la Madre Maliciosa, con el fin de alejar a la madre de sus hijos bajo la intención de tutelar la relación padre-hijos.

Solo recientemente la Corte di Cassazione en la Ordenanza n. 9691 de 24 de marzo de 2022 ha afirmado que el Síndrome de Alienación Parental no puede constituir el fundamento para privar al menor de edad de su madre en nombre de la tutela del derecho a la bigenitorialidad y, además, añadió:

La referencia al Síndrome de Alienación Parental y a cualquier otro, más o menos evidente, aún no consciente, corolario, no puede considerarse legítimo, constituyendo el fundamento pseudo-científico de medidas gravemente incisivas sobre las vidas de los menores de edad, con respecto a la decadencia de la responsabilidad parental de la madre²⁵.

Por tanto, habrá que monitorear si se mantiene la ideología del Síndrome de Alienación Parental a través del empleo de otros nombres. Aparte de la mencionada Ordenanza —fundamental en la jurisprudencia italiana por constituir un manifiesto rechazo de esta práctica pericial—, parece interesante la sentencia n. 13217/2021 de la Corte di Cassazione, donde emergen dos distintas actitudes ante el conocimiento científico: la actitud del juez-receptor y la del juez-guardián. Así, la actitud del juez-receptor es aquella en que el órgano juzgador no hace nada más que reenviar o remitir en la motivación a las conclusiones del dictamen pericial, y la Corte di Cassazione critica esta postura sobre todo ante un conocimiento que “se desvía de la ciencia médica oficial” y cuya validez en el plano científico también es objeto de numerosas críticas. Por ello, el órgano juzgador debería prestar una mayor atención cuando se encuentre con peritos que empleen un conocimiento que presenta un fundamento científico controvertido, debiendo recurrir a otros expertos o al análisis estadístico de los casos clínicos: esta es la actitud del juez-guardián. Como afirma Carlizzi (2017, p. 43), si la racionalidad —en oposición a la mera autoridad— es un principio que fundamenta la cultura occidental actual, la plausibilidad de un argumento no puede residir en la mera calificación de “experto” de quien lo sostiene,

25. Traducción mía.

sino que hace falta contrastar la validez del conocimiento que la persona experta pretende aportar al juicio.

Diferente es el caso de la “cuestión controvertida en doctrina”, es decir, cuando es posible encontrar, sobre un mismo tema, artículos científicos que apoyan tesis opuestas. Un ejemplo es el caso de la presencia de un progenitor homosexual. Cabe recordar que hubo un tiempo —no muy lejos, hace poco más de 20 años— en el que no era necesario apelar a ningún conocimiento (pseudo)científico para denegar la custodia al padre o madre homosexual; bastaba la referencia a la tradición, al sentido común e incluso a la los “dictámenes de la naturaleza”²⁶. No obstante, en el asunto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de febrero de 2012, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, si bien en los grados inferiores de juicio persiste la referencia a la tradición²⁷, en el par. 129 la Corte Interamericana afirma que:

[...] la “American Psychological Association”, mencionada por la perita Jernow, ha calificado los estudios existentes sobre la materia como “impresionantemente consistentes en su fracaso para identificar algún déficit en el desarrollo de los niños criados en un hogar gay o lésbico [...] las capacidades de personas gays o lesbianas como padres y el resultado positivo para sus hijos no son áreas donde los investigadores científicos más autorizados disienten”.

Tal constatación nos llevaría a concluir que es una cuestión clara en doctrina que no hay ninguna evidencia que apoye el argumento según el

26. TEDH, 21 December 1999, *Case of Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, par. 14: “La niña debe vivir en el seno de una familia, de una familia tradicional portuguesa, que desde luego no es la que su padre ha decidido formar, ya que vive con otro hombre como si fueran marido y mujer. No es este lugar para examinar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos, se está en presencia de una anomalía y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales; lo dice la naturaleza humana y recordemos que el propio (demandante) lo reconoció cuando, en la demanda inicial de 5 de julio de 1990, afirma que ha abandonado definitivamente el domicilio conyugal para irse a vivir con un amigo, decisión que no es normal según los criterios habituales”.

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de febrero de 2012, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, par. 141: “la Corte Suprema de Justicia señaló que se desconoció ‘el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio’. Por su parte, el Juzgado de Menores de Villarrica, en la decisión de tuición provisoria, indicó que ‘el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia’”.

cual un hijo puede verse perjudicado al crecer y desarrollarse en un hogar homosexual. No obstante, en una reciente sentencia del TEDH, del 16 de septiembre de 2021, asunto X contra Polonia, hay una opinión disidente que choca completamente con cuanto se acaba de presentar. Mientras que el TEDH constataba la presencia de estereotipos relacionados con la importancia del modelo paterno en el desarrollo de un hijo que habían llevado a los tribunales nacionales a denegar la custodia a la madre homosexual, en la opinión disidente se afirma:

Para refutar tal afirmación, el Tribunal habría tenido que basarse en conocimientos periciales alternativos. No se aportó ninguna prueba para demostrar la veracidad de la opinión contraria, es decir, que para un niño de una familia desestructurada un patrón de personalidad masculino no es importante y que su importancia no aumenta a medida que el niño crece. Bajo tales circunstancias, la negación de la opinión de los expertos parece basarse en sí misma en una visión estereotipada. Destaco, además, que el papel del padre en el desarrollo de los hijos y de su personalidad es objeto de investigación científica desde hace décadas²⁸.

Y después de aportar un listado de artículos científicos, añade:

Me limito a señalar muy brevemente que existen numerosas pruebas científicas que indican que la presencia de un padre es crucial para la construcción de la personalidad de un hijo y que la ausencia del padre tiene efectos perjudiciales de gran alcance²⁹.

Estamos ante un caso en el que el recurso a la publicación científica no es un criterio claro y suficiente para poder distinguir entre ciencia y pseudociencia. Ante una situación como esta última, se hace aún más evidente el potencial problema de que casi cualquier argumento puede encontrarse respaldado por una literatura pseudocientífica; el único esfuerzo que se requeriría es buscarla.

A la luz de lo anterior, podría ser necesario desarrollar mecanismos o guías de revisión crítica del conocimiento (pseudo)científico que puedan ser de apoyo a la función de juez-guardián. Quizás, una de las reglas de uso positiva de las máximas de experiencia propuesta por Taruffo, según la cual “debe ser generalmente aceptada, no contradicha ni cuestionada,

28. Traducción mía. Corte EDU, 16 September 2021, *Case of X v. Poland*, Dissenting opinion of Judge Wojtyczek, par. 3.2.2.

29. Traducción mía. Corte EDU, 16 September 2021, *Case of X v. Poland*, Dissenting opinion of Judge Wojtyczek, par. 3.2.2.

‘dentro de la cultura socialmente compartida del tiempo y el lugar en que se toma la decisión’³⁰ (Palavera, 2017, p. 270), debería aplicarse también al conocimiento científico. En este sentido, la referencia a la cultura socialmente compartida permitiría, por lo menos, poner de relieve o cuestionar si aquel conocimiento científico puede tener un fundamento en una cultura discriminatoria.

6. CONCLUSIÓN

El sentido común y los estereotipos forman parte de aquellos mecanismos heurísticos que permiten al ser humano entender de una manera más rápida y efectiva el mundo que le rodea, simplificando una realidad compleja. Dichos mecanismos de comprensión de la realidad llevan consigo una forma de conocimiento que se transfiere de generación en generación e, inevitablemente, se ve afectado por la cultura del tiempo y del espacio en el que se desarrolla y se transmite. Si bien la información que se desprende del sentido común y de los estereotipos puede tener un valor descriptivo de la realidad social, no puede olvidarse que puede tener repercusiones también en un plano normativo. Esto adquiere una especial relevancia cuando se adopta una perspectiva antidisriminatoria que lleva necesariamente a indagar el sentido común y los estereotipos como elementos que participan y fundan una estructura discriminatoria. Dicha reflexión, en cuanto juristas, nos afecta a la hora de ver cómo estos elementos se esconden detrás de las normas o del razonamiento judicial e implica tratar de construir puentes entre la Teoría de la Argumentación Jurídica y las Teorías Críticas del Derecho, para buscar y afinar técnicas que impidan su entrada en el Derecho cuando eso suponga una forma de discriminar a un colectivo. Por lo que respecta a este trabajo, se ha tratado de evidenciar la presencia de dos formas de “dar razones” que pueden llevar a la estereotipación judicial en el razonamiento probatorio: el recurso al sentido común y al conocimiento pseudocientífico. Cuando estas formas de conocimiento, sesgadas por una cultura discriminatoria, son parte de la justificación de la decisión judicial, significa que el órgano juzgador no ha conseguido llevar a cabo una labor crítica ante estas. En concreto, en el caso del recurso a máximas de experiencia derivadas del sentido común la jueza o el juez no consigue ser crítico hacia su propio conocimiento experiencial, mientras que en el caso del saber pseudocientífico se trata de una recepción acrítica del conocimiento

30. Traducción mía.

aportado por una persona experta. En ambos casos, la actitud crítica es la principal forma a través de la cual el órgano judicial puede preservar su función de guardián de la racionalidad y de la igualdad en el juicio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amorós Puente, C. (1985). *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. Anthropos Editorial del hombre.
- Andrés Ibáñez, P. (1992). Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12, pp. 257-300.
- Arena, F. J. (2022). Estereotipos y hechos en el proceso. En F. J. Arena (coord.), *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia* (pp. 217-244). Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.
- Arena, F. J. (2023). I due volti degli stereotipi nel diritto. *Notizie Di Politeia. Rivista Di Etica e Scelte Pubbliche*, 39(149), 5-25.
- Blum, L. (2004). Stereotypes and Stereotyping: A Moral Analysis. *Philosophical Papers*, 33(3), 251-289. <https://doi.org/10.1080/05568640409485143>
- Carlizzi, G. (2017). Iudex peritus peritorum. Un contributo alla teoria della prova specialistica. *Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, 2.
- Cook, R., & Cusack, S. (2010). *Estereotipos de género: Perspectivas legales transnacionales* (A. Parra, Trad.). Profamilia.
- Cusack, S. (2014). *Eliminating judicial stereotyping Equal access to justice for women in gender-based violence cases*. Office of the High Commissioner for Human Rights.
- De Beauvoir, S. (1956). *Para una moral de la ambigüedad* (F. J. Solero, Trad.). Schapire.
- Dovidio, J. F., Hewstone, M., Glick, P., & Esses, V. M. (eds.) (2013). *The SAGE Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination* (Primera Edición). SAGE Publications Ltd.
- Facio, A., & Fries, L. (1999). Feminismo, género y patriarcado. En A. Facio & L. Fries (eds.), *Género y derecho* (pp. 6-38). La morada.
- Farano, A. (2022). La co-produzione tra diritto e scienza: Il caso della prova scientifica. *Percorsi Penali*, 3, 4-13.
- Ferrajoli, L. (1991). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza.
- Ferrer Beltrán, J. (2011). Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, 34, pp. 87-108.
- Gil Ruiz, J. M. (2000). La función judicial: Entre la ciencia y el control social. *Anuario de filosofía del derecho*, 17, pp. 273-304.
- Gil Ruiz, J. M. (2007). *Los diferentes rostros de la violencia de género: Ensayo jurídico a la luz de la Ley integral (L.O. 1/2004, de 28 de diciembre) y la Ley de igualdad (L.O. 3/2007, de 22 de marzo)*. Dykinson.

- Gil Ruiz, J. M. (2015). La mujer del discurso jurídico: Una aportación desde la teoría crítica del derecho. *Quaestio Iuris*, 8(3), pp. 1441-1480.
- Gil Ruiz, J. M., & Rubio Castro, A. M. (2023). Capacidad transformadora del discurso de los derechos humanos: Nuevas narrativas. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Extra 49, pp. 612-634.
- Giunta, F. (2014). Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio. *Criminalia*, pp. 561-587.
- González-Lagier, D. (2005). *Quaestio Facti: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra Editores.
- Hansson, S. O. (2021). Science and Pseudo-Science. En E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2021). Metaphysics Research Lab, Stanford University.
- Kahneman, D., & Tversky, A. (1972). Subjective probability: A judgment of representativeness. *Cognitive Psychology*, 3, pp. 430-454.
- Kahneman, D., & Tversky, A. (1974). Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, 185, pp. 1124-1131.
- Lousada Arochena, F. (2020). *El enjuiciamiento de género*. Ed. Dykinson.
- MacKinnon, C. A. (1983). Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence. *Signs*, 8(4), pp. 635-658.
- Marchese, E. (2019). De incertidumbre no se muere. Un desafío no resuelto sobre verdad y conocimiento (J. Baquerizo, Trad.). *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, pp. 8-34.
- Mendonca, D. (2011). *Las claves del derecho*. Ed. Gedisa.
- Morales Jasso, G., & Benítez Ramírez, D. M. (2019). Criterios de distinción entre ciencia y pseudociencia: Historicidad, crítica y vigilancia epistemológica. *Boletín Científico Sapiens Research*, 9(2), pp. 26-32.
- Muffato, N. (2021). Michele Taruffo sobre las máximas de experiencia. *Derecho & Sociedad*, 57, pp. 1-38.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2017). *Documento de antecedentes sobre el papel del Poder Judicial en el abordaje de los estereotipos nocivos de género en casos relativos a la salud y los derechos sexuales y reproductivos*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/JudiciaryRoleCounterStereotypes_SP.pdf
- Palavera, R. (2017). *Scienza e senso comune nel diritto penale*. Edizioni ETS.
- Pasta, A. (2021). Le generalizzazioni come regole probatorie di matrice giurisprudenziale e come strumento di conoscenza. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1253-1279.
- Pastore, B. (1996). *Giudizio, prova, ragion pratica: Un approccio ermeneutico*. Giuffrè.
- Pastore, B. (2005). Verità e 'giusto processo'. *Annali Dell'Università Di Ferrara. Nuova Serie. Sezione 5: Scienze Giuridiche*, 19, pp. 19-33.
- Poggi, F. (2023). Contro gli stereotipi nel diritto. Note a margine della teoria di F.J. Arena. *Notizie Di POLITEIA*, XXXIX(149), pp. 26-31.

- Pulitanò, D. (2013). Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale. *Criminalia*, pp. 123-146.
- Reyes Cano, P. (2022). El nuevo artefacto para la ocultación de la violencia de género: “La alta conflictividad”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo II*, pp. 253-291.
- Ruiz Resa, J. D. (2013). Racionalidad y sentido común en el proceso: Los estereotipos en la determinación de los hechos. *Revista Criterio y Conducta. Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial*, 13, pp. 107-156.
- Ruiz Resa, J. D. (2016). Abriendo la caja negra del conocimiento jurídico: Elementos para una reconstrucción de las decisiones judiciales. *El Genio Maligno: revista de humanidades y ciencias sociales*, 19 (Septiembre), pp. 19-31.
- Schauer, F. (2006). *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*. Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press.
- Schum, D. A. (2001). *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning* (Primera Edición). Northwestern University Press.
- Taruffo, M. (2009). Considerazioni sulle massime d’esperienza. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 63(2), pp. 551-570.
- Taruffo, M. (2010). Il fatto e l’interpretazione. *Revista Da Faculdade de Direito Do Sul de Minas*, 26(2), pp. 195-208.
- Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Tavarez, L. (2021). Waiting to Tell: Factors Associated with Delays in Reporting Sexual Violence. *Student Theses*.
- Tuzet, G. (2016). *Filosofia della prova giuridica* (Segunda Edición). Giappichelli.
- Tuzet, G. (2021). Somnium Taruffi. *Derecho & Sociedad*, 57, pp. 1-23.
- Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence: Exploratory Essays* (Segunda Edición). Cambridge University Press.
- Vázquez-Rojas, C. (2014). Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial. *Anuario de Psicología Jurídica*, 24(1), pp. 65-73.

