



Dos formas de injusticia hermenéutica en el razonamiento judicial

Two forms of hermeneutic injustice in judicial reasoning

Rachel Herdy

<https://orcid.org/0000-0003-0210-3567>

Universidad Adolfo Ibañez, Campus Viña Del Mar

Viña Del Mar, Valparaíso, Chile

rachelherdy@gmail.com

Artículo recibido: 18-11-2024

Artículo aceptado: 29-03-2025

RESUMEN

Este artículo diferencia entre dos tipos de injusticia hermenéutica en el ámbito judicial: normativa y probatoria. La injusticia hermenéutica normativa surge cuando el derecho positivo ignora o distorsiona el significado de experiencias sociales marginadas, creando lagunas normativas o axiológicas. En cambio, la injusticia hermenéutica probatoria se relaciona con estereotipos negativos y prejuicios que influyen en las generalizaciones utilizadas por los juzgadores para evaluar la relevancia y el peso de las pruebas. Distinguir entre los tipos de injusticia hermenéutica –normativa y probatoria– es crucial no solo en términos analíticos, para lograr una comprensión más precisa del fenómeno y su impacto en el razonamiento judicial, sino también para pensar en las diferentes formas de combatirlas. Finalmente, se destaca la importancia de mantener una perspectiva crítica que, sin renunciar a la racionalidad epistémica, siga el enfoque de Miranda Fricker, diferenciando entre el uso legítimo de la razón y su distorsión por relaciones de poder.

PALABRAS CLAVE: Injusticia hermenéutica, razonamiento judicial, lagunas normativas, lagunas axiológicas, relevancia, valoración de la prueba.

ABSTRACT

This article distinguishes between two types of hermeneutical injustice in the judicial context: normative and evidential. Normative hermeneutical injustice occurs when positive law ignores or distorts the meaning of marginalized social experiences, creating normative or axiological gaps. In contrast, evidential hermeneutical injustice involves negative stereotypes and prejudices that influence the generalizations judges use to assess the relevance and weight of evidence. Distinguishing between these types of hermeneutical injustice – normative and probative – is crucial not only for a more precise analytical understanding of the phenomenon and its impact on judicial reasoning, but also for developing different strategies to address them. The article concludes by emphasizing the importance of maintaining a critical perspective that, while upholding epistemic rationality, follows Miranda Fricker's approach in distinguishing between the legitimate use of reason and its distortion by power dynamics.

KEY WORDS: Hermeneutical injustice, judicial reasoning, normative gaps, axiological gaps, relevance, evidence evaluation.

Comenzar el pensamiento desde las vidas marginadas es algo que podemos hacer, y algo que debemos hacer como amantes de la verdad y la comprensión. (Fricker, 1999)

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es analizar cómo se presentan las injusticias hermenéuticas en el razonamiento judicial. La injusticia hermenéutica puede adoptar formas complejas, de modo que resulta fundamental analizar y desentrañar sus diversas manifestaciones para comprender cómo y cuándo se producen en el derecho. En particular, voy a distinguir dos formas distintas de injusticia hermenéutica: la normativa y la probatoria. En el primer caso, el contenido positivado en las fuentes del derecho ignora o predetermina, de manera prejuiciosa, el significado de ciertos hechos sociales. En el segundo caso, no existe un prejuicio arraigado en el derecho positivo; en cambio, este proviene del fundamento de ciertas generalizaciones que influyen en las inferencias probatorias de los juzgadores, afectando su evaluación sobre la relevancia y el peso de las pruebas¹. Distinguir entre los tipos de injusticia hermenéutica –normativa y probatoria– es crucial no solo en términos analíticos, para lograr una comprensión más precisa del fenómeno y su impacto en el razonamiento judicial, sino también para pensar en las diferentes formas de combatirlas.

Este artículo está dividido en cinco secciones (incluyendo esta Introducción). La sección 2 presenta un panorama breve y general sobre las injusticias epistémicas en el derecho. La sección 3 presenta el concepto de injusticia hermenéutica, caracterizándolo como un fenómeno internamente diverso. En particular, exploraré la afirmación de Fricker de que las varias manifestaciones de la injusticia hermenéutica pueden ser analizadas desde distintas dimensiones. En la sección 4, subdividida en dos apartados, analizaré cómo estas dimensiones de la injusticia hermenéutica se relacionan con el razonamiento judicial, distinguiendo entre sus formas normativa (4.1) y probatoria (4.2). Propondré, además, posibles formas de remediar estas dos formas de injusticia hermenéutica. Concluiré en la sección 5 con una brevísima discusión sobre cómo el reconocimiento de que el razonamiento judicial puede generar injusticias epistémicas

¹ Aquí me inspiro en el trabajo de Picinali (2023), que destacó los aspectos clave del razonamiento probatorio afectados por estereotipos prejuiciosos: la relevancia y el valor probatorio.

se alinea con la perspectiva crítica del derecho. Aunque esto no es novedoso en cuanto a las teorías de la argumentación judicial, en el ámbito de la teoría racionalista de la prueba, una perspectiva crítica presenta el riesgo de derivar en una visión construccionista de los hechos y, en última instancia, de poner en duda la relación entre el proceso judicial y la verdad.

Antes de seguir, quisiera aclarar un posible término que podría generar ambigüedad entre los lectores del ámbito jurídico. Aquí se entiende “testimonio” como cualquier transmisión de información de una persona a otra, ya sea de forma oral o escrita. El concepto epistemológico de testimonio no debe confundirse con el concepto más formal, corriente en el ámbito jurídico, que implica una declaración hecha bajo juramento por un tercero no interesado en la causa y que normalmente ha observado directamente los hechos. En el derecho, no cualquier persona puede ser testigo, no cualquier cosa puede ser dicha por un testigo ni de cualquier manera, ya que las reglas jurídicas regulan su admisión y producción. Utilizaré el término “testimonio” de manera amplia e inclusiva para referirme a los actos de comunicación realizados por todos los actores de un proceso judicial: partes, víctimas, peritos, testigos en sentido estricto, abogados, etc.

2. LAS INJUSTICIAS EPISTÉMICAS EN EL DERECHO

Las injusticias epistémicas ocurren cuando alguien sufre un menoscabo injustificado en su calidad de sujeto o agente epistémico —es decir, en sus procesos de adquisición, transmisión y evaluación de información o conocimiento—. Según Miranda Fricker (2007), hay dos tipos básicos de injusticia epistémica: testimonial y hermenéutica. En el primer caso, la persona no puede transmitir información porque la credibilidad de su testimonio se ve reducida debido a estereotipos negativos y prejuicios relacionados con su identidad que afectan el juicio del oyente. En el segundo caso, hay una falla conceptual en los recursos hermenéuticos compartidos por la comunidad que impide que la persona comprenda y/o transmita sus experiencias sociales. Esta última es una falla estructural que surge de la discriminación y opresión de ciertos grupos sociales, que, al carecer de poder, no pueden influir en la formación de los conceptos y significados que circulan en la comunidad.

El presente artículo asume que el entorno judicial es particularmente susceptible a las injusticias epistémicas debido a las disparidades en las relaciones de poder social entre sus actores. Por un lado, están los jueces o juezas, que generalmente son

hombres, bien educados, de clase media o alta y blancos². Por otro lado, están los demandantes, demandados, víctimas y acusados, que a menudo provienen de grupos oprimidos y marginados, como mujeres, jóvenes negros, indígenas, inmigrantes indocumentados, personas LGBTQIA+, personas con discapacidad, entre otros. Para estas minorías, el acceso al poder judicial puede ser la última (o incluso la única) oportunidad para ser escuchados y ver sus experiencias reconocidas. No es accidental que uno de los principales ejemplos citados por Fricker para ilustrar la injusticia epistémica sea el caso de Tom Robinson en la novela *Matar a un ruiseñor* (Lee, 1960). Esta novela está ambientada en el sur de los Estados Unidos y narra la historia de un hombre negro que es condenado por la violación de una joven blanca ante un jurado compuesto exclusivamente por hombres blancos. En el caso de Robinson, aunque el jurado estaba compuesto por agricultores pobres, el prejuicio racial –al ser todos blancos– probablemente influyó en la falta de credibilidad que se le dio al testimonio del acusado negro³.

El tipo de injusticia epistémica que ha recibido mayor atención en el ámbito judicial es la injusticia testimonial (Medina, 2021; Lackey, 2020, 2022, 2023; Arcila-Valenzuela y Páez, 2022; Páez y Matida, 2023; Picinali, 2024)⁴. La disminución de la credibilidad del hablante, que es la forma de injusticia testimonial conceptualizada por Fricker, se observa con frecuencia en el proceso penal: un hombre negro, como Robinson, afirma que no cometió el crimen del que se le acusa, presenta pruebas que respaldan su declaración, pero aun así es desacreditado. Existe un desajuste entre la credibilidad que el oyente otorga y las evidencias que respaldan la veracidad del testimonio del acusado. Sin embargo, este desajuste puede manifestarse tanto por déficit como por exceso. La atribución de un exceso de credibilidad al hablante constituye una evolución del concepto de injusticia testimonial y encuentra también en

² En realidad, la situación varía bastante entre países. En el caso de Chile, por ejemplo, la brecha de género se ha reducido de forma significativa, especialmente en las cortes de apelaciones. Según datos de 2024, las mujeres representan el 47,1 % de los cargos, una cifra comparable a la de varios países europeos (ver datos del Poder Judicial en <https://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/mujeres-y-hombres-en-numeros-en-el-poder-judicial>). En Brasil, en cambio, los datos sobre representación de género y raza son menos alentadores: en 2024, las mujeres ocupaban el 36,8 % de los puestos y solo el 14,3 % correspondía a personas negras (ver datos del Consejo Nacional de Justicia en <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>).

³ En los tribunales de los sistemas jurídicos iberoamericanos, la situación puede ser aún más compleja. El juicio por jurado solo está presente en algunos países y se aplica a casos específicos. En ciertas provincias de Argentina, por ejemplo, se utiliza únicamente para crímenes graves con una pena máxima de 20 años, mientras que en Brasil se limita a delitos dolosos contra la vida. En otros países, como Perú y Chile, este tipo de juicio ni siquiera existe. Como resultado, en muchos casos no es posible contar con un tribunal compuesto por miembros de la comunidad y representación paritaria, lo que podría reducir el riesgo de injusticias epistémicas.

⁴ Algunos estudios han abordado ambas formas de injusticia epistémica en el derecho, tanto testimonial como hermenéutica (Tuerkheimer, 2017; Gonzales Rose, 2021; Coloma y Rimoldi, 2023; De Brasi, 2023).

el ámbito jurídico un lugar destacado de manifestación. A partir de los trabajos de José Medina (2011, 2021) y Jennifer Lackey (2018, 2020), se reconoce que los juicios de credibilidad pueden tener un carácter relacional o comparativo⁵. Esto es especialmente cierto en el ámbito judicial, donde las partes compiten por presentar la versión más creíble de los hechos. Dar mayor credibilidad a las narrativas de la policía implica, en igual medida, desacreditar la narrativa del acusado.

Una forma de injusticia testimonial por exceso de credibilidad que ha resultado especialmente relevante para describir situaciones de injusticia epistémica en la investigación policial y la recopilación de pruebas es la llamada injusticia testimonial agencial. Como explica Lackey, “una persona es víctima de injusticia testimonial agencial cuando se obtiene su testimonio de una manera que pasa por alto, explota o socava su agencia epistémica y luego se le otorga una credibilidad excesiva e injustificada” (2023, p. 57). Este tipo de injusticia testimonial fue inicialmente concebido por Lackey (2020) para abordar el fenómeno de las confesiones falsas: el sospechoso confiesa un crimen que no cometió tras ser engañado sobre la existencia de pruebas incriminatorias o tras haber sido privado de sueño durante días; luego, cuando se retracta bajo condiciones de agencia epistémica adecuada, sus palabras son ignoradas o desestimadas. Más recientemente, el concepto se ha ampliado para incluir, entre otras situaciones, casos de reconocimiento de personas sospechosas que no respetan los protocolos y directrices establecidas para asegurar la precisión y la imparcialidad. Eso ocurre, por ejemplo, cuando las autoridades utilizan métodos sugestivos que distorsionan la memoria de las víctimas o testigos para obtener testimonios que luego reciben un alto grado de credibilidad⁶.

Toda esta discusión sobre las diversas formas de injusticia testimonial en el contexto judicial es relevante; sin embargo, pasa por alto una dimensión previa que puede estar en la raíz de estos desajustes de credibilidad: la existencia de una falla conceptual que dificulta la comprensión de la información transmitida. Esta falta de comprensión o de inteligibilidad es lo que caracteriza una injusticia hermenéutica, el segundo tipo de injusticia epistémica conceptualizado por Fricker, pero poco explorado en el contexto judicial. Este artículo tiene como objetivo aportar al análisis de las

⁵ Lackey adopta un modelo de análisis “multidimensional” o “multidireccional” (Lackey, 2023, p. 145), en contraste con el modelo “unidireccional” que atribuye a Fricker (2007).

⁶ Las situaciones de injusticia testimonial agencial que Lackey (2023) explora en su libro causan daños epistémicos a diversos actores del procedimiento penal: sospechosos, víctimas, acusados y testigos. Su foco es el sistema de justicia criminal de los Estados Unidos. Comienza analizando las confesiones y reconocimientos, pero también aborda otras situaciones, como las prácticas de transacción penal (*plea bargain*), donde una persona reconoce su culpabilidad y negocia con la Fiscalía la pena aplicable.

injusticias epistémicas en el derecho, enfocándose exclusivamente en las distintas formas de injusticia hermenéutica. Se parte de la premisa de que las injusticias hermenéuticas pueden ejercer una influencia más profunda que las injusticias testimoniales, al afectar tanto las premisas normativas como las fácticas del razonamiento judicial.

3. LAS DIMENSIONES DE LA INJUSTICIA HERMENÉUTICA

La injusticia hermenéutica, tal como fue conceptualizada por Fricker (2007), es un tipo de injusticia epistémica que ocurre cuando una persona no logra dar sentido a una parte importante de su experiencia social porque faltan, en su comunidad, los recursos interpretativos necesarios para comprenderla y/o comunicarla. Quien sufre este tipo de injusticia se encuentra en una situación de opresión o “marginación hermenéutica”: no forma parte de los grupos que tienen poder social para participar en la construcción de los significados dominantes en la comunidad y que dan sentido a las experiencias sociales. Es decir, los recursos interpretativos disponibles están estructuralmente sesgados, pues reflejan los intereses de los grupos privilegiados.

Fricker no profundiza en el concepto de hermenéutica dentro de su filosofía. Parte de la teoría del punto de vista feminista (*feminist standpoint theory*), la cual se basa en la idea marxista de que adoptar la perspectiva del proletariado otorga un tipo de privilegio epistémico. Aunque no asume plenamente ninguno de estos enfoques, Fricker, inspirada en ellos, sostiene que “un privilegio epistémico de algún tipo se correlaciona con la experiencia social de los desposeídos” (1999, p. 204). Además, aclara que emplea el término “hermenéutica” en un sentido amplio, entendiendo que “los hechos sociales dependen de alguna práctica humana de significado” (p. 205). Desde esta perspectiva, comprender verdaderamente las experiencias –propias o ajenas– requiere compartir estructuras de creencias que permitan dar sentido común a esas vivencias⁷.

Una forma sencilla de entender la idea de hermenéutica, sin necesidad de recorrer a toda la literatura compleja sobre el tema, es partir de cómo H.L.A. Hart la aborda. Hart (1983) desarrolló el concepto de “punto de vista interno” como parte de un “método hermenéutico”, que implica situarse en el lugar de las personas para comprender sus estructuras de creencias tal como ellas mismas las experimentan y entienden. En Hart, este enfoque resultaba especialmente útil para entender cómo las

⁷ Sobre el concepto de hermenéutica, ver Zimmermann (2015).

personas interpretan su propio comportamiento frente a las reglas jurídicas. En el caso que nos ocupa, el método hermenéutico es particularmente valioso para comprender la propia idea de injusticia hermenéutica, que se produce cuando una persona no puede expresar el sentido de sus experiencias sociales debido a la falta de recursos interpretativos compartidos. Desde esta perspectiva, la injusticia hermenéutica ocurre cuando una persona no logra que los demás comprendan sus experiencias sociales desde su propio punto de vista⁸.

Los ejemplos inicialmente utilizados para ilustrar este tipo de injusticia epistémica son dos casos reales narrados por Fricker a partir del libro de Susan Brownmiller (1990) sobre el movimiento de liberación de las mujeres en los fines de la década de 1960. El primero es el caso de Wendy Sanford, una mujer blanca, republicana, de clase alta, que sufrió depresión posparto en una época en la que este fenómeno no era reconocido como un problema de salud. Su marido no le creyó y ni siquiera ella podía entender lo que estaba pasando. El segundo es el caso de Carmita Wood, una mujer que sufrió acoso sexual por parte de un profesor en la universidad donde trabajaba. El término “acoso sexual” no era común en los recursos hermenéuticos compartidos de la época, por lo que ni siquiera la propia Wood fue capaz de entender la experiencia negativa que había vivido. Como resultado, cuando solicitó el seguro de desempleo, no pudo explicar por qué se encontraba en esa situación.

Al responder a sus críticos, Fricker ha ampliado el concepto de injusticia hermenéutica, describiéndola como un fenómeno diverso que “presenta diferentes grados de severidad y se manifiesta en más de una dimensión” (2013, p. 1319)⁹. Por lo tanto, las injusticias hermenéuticas pueden variar en sus formas. Primero (i), varían en cuanto al grado de incomprensión: ¿se trata de una incomprensión total o de un malentendido menor debido a confusiones y distorsiones? Segundo (ii), las injusticias hermenéuticas pueden cambiar en relación con la extensión de la incomprensión: ¿quién no comprende –el hablante, el oyente o ambos? Finalmente (iii), las injusticias hermenéuticas pueden manifestarse de diferentes maneras respecto a la forma de incomprensión: ¿es una falla conceptual en el contenido de lo que se dice o en el estilo de comunicación? Veamos cómo las injusticias hermenéuticas pueden manifestarse en

⁸ Ver Hart (1983) y Bix (1999).

⁹ Fricker desarrolla las dimensiones de la injusticia hermenéutica en respuesta a las críticas recibidas de Medina (2011 y 2012), Mason (2011), Pohlhaus Jr. (2012) y Dotson (2012). En resumen, las críticas se enfocan en que la perspectiva de Fricker no toma en cuenta que muchos grupos oprimidos tienen recursos hermenéuticos propios que los grupos dominantes a menudo pasan por alto. Además, se señala que Fricker no reconoce un tipo intencional de injusticia hermenéutica.

cada una de estas dimensiones.

En cuanto a la primera dimensión (i), la ininteligibilidad puede variar desde la completa falta de comprensión hasta situaciones menos graves que incluyen confusiones y distorsiones. Por ejemplo, en el pasado, algunas formas de violencia doméstica eran percibidas como expresión de una jerarquía natural entre hombres y mujeres. El marido prohibía a la mujer estudiar o trabajar, restringía su participación en eventos sociales, generaba deudas a su nombre, etc. Todo esto era visto tanto por el hombre como por la propia mujer como algo normal, reflejando una aceptación social de la subordinación de la mujer al hombre. Hoy en día, la violencia intrafamiliar contra las mujeres está institucionalmente reconocida en muchas de sus modalidades¹⁰. En algunos casos, la violencia se clasifica incluso como un delito de género. Sin embargo, las autoridades a veces aplican incorrectamente esta categoría debido a mitos o estereotipos, como la idea de que la mujer no dejó a su pareja (Fricker, 2013; Jenkins, 2016). Como veremos más adelante, el primer caso, de completa falta de comprensión, puede considerarse un tipo de injusticia hermenéutica normativa debido a la existencia de una laguna: las fuentes del derecho positivo no tomaban en cuenta la experiencia social de la mujer violentada. En cambio, el segundo caso parece constituir una injusticia hermenéutica probatoria: aunque el sistema jurídico reconoce la experiencia de la mujer, los prejuicios y estereotipos del sentido común pueden impedir que las pruebas ofrecidas por la víctima –sus declaraciones sobre la conducta del acusado– sean valoradas correctamente y que su narración de los hechos sea considerada inteligible o plausible.

Ahora, la falla de comprensión puede ocurrir no solo por la ausencia de un concepto (laguna hermenéutica negativa), sino también por la presencia de un concepto que distorsiona la comprensión de ciertas experiencias sociales (laguna hermenéutica positiva). Algunos estudios han desarrollado la idea de que existe un tipo de injusticia hermenéutica que “resulta de la presencia de conceptos opresivos y distorsionadores que desplazan, derrotan o impiden la aplicación de un concepto disponible y más preciso” (Falbo, 2022, p. 354)¹¹. El concepto para entender una experiencia social existe, pero su aplicación se distorsiona por la presencia de otro concepto. Hay, entre los dos conceptos, una especie de “choque hermenéutico” (Falbo, 2022, p. 349). En

¹⁰ En Chile, la Ley 21.675, aprobada el 3 de junio de 2024, estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres debido a su género. En su artículo 6, esta Ley establece las siguientes formas de violencia: física, psicológica, sexual, económica, simbólica, institucional, política, laboral y gineco-obstétrica. Véase también la Ley N°20.066, que regula la violencia intrafamiliar.

¹¹ Véase también Simion (2019) para una caracterización de la injusticia hermenéutica como una falla en la aplicación de un concepto existente, y no como una forma de ignorancia conceptual.

esos casos, se habla también de una injusticia hermenéutica por exceso, en lugar de por déficit de inteligibilidad (Dular, 2023).

Este concepto distorsionador puede existir de manera inocente, pues se aplica adecuadamente en ciertos contextos, o puede ser creado intencionalmente para manipular el sentido de algunas experiencias sociales. Por ejemplo, el concepto de “chico de oro” (*golden boy*) parece adecuado para describir a un músico virtuoso o a un atleta de excelencia; sin embargo, su aplicación en ciertos casos puede hacer ininteligible una denuncia de delito sexual. Esto fue lo que sucedió en el caso de Brock Turner, un estudiante brillante y atleta de la Universidad de Stanford, acusado de violación (Falbo, 2022)¹². Tras ser procesado por el delito de agresión sexual e intento de violación, recibió una condena de seis meses, considerada demasiado indulgente. Una condena más larga, según el juez, “tendría un impacto severo en él”. En este caso, se cree que los testimonios que lo describían como un excelente estudiante y nadador de la universidad ayudaron a reducir la pena impuesta.

Pero, como dicho, el concepto distorsionador también puede haber sido creado deliberadamente para manipular el sentido de ciertas experiencias sociales. Este es el caso de la llamada “legítima defensa del honor”, una estrategia retórica utilizada en defensas penales y generalmente aceptada por las cortes brasileñas para justificar delitos cometidos por hombres que consideran que el comportamiento de sus parejas ha dañado su honor. La idea legítima defensa del honor no tiene ningún uso adecuado en el contexto de crímenes sexuales (o cualquier otro, en realidad); solo sirve para distorsionar el concepto de legítima defensa, desplazando, derrotando o impidiendo la aplicación de la categoría jurídica de feminicidio¹³.

En cuanto a la segunda dimensión (ii), respecto a la extensión de la ininteligibilidad, la injusticia hermenéutica alcanza su grado máximo cuando una persona no es capaz de dar sentido a sus propias experiencias –como en los casos de

¹² En la madrugada del día del crimen, dos estudiantes que andaban en bicicleta vieron a Turner detrás de un contenedor de basura sobre el cuerpo inconsciente y desnudo de la víctima, la estudiante Chanel Miller. La víctima cuenta su historia en *Know My Name: The Survivor of the Stanford Sexual Assault Case Tells Her Story* (Penguin, 2019).

¹³ Marcella Mascarenhas Nardelli propuso este caso de injusticia hermenéutica en su ponencia presentada en el *Workshop* “Injusticia epistémica en el contexto probatorio”, realizado durante la Michele Taruffo Girona Evidence Week de 2022. Las cortes brasileñas han cambiado recientemente de postura. Me refiero a una decisión unánime de 2023 en la que el Supremo Tribunal Federal de Brasil declaró inconstitucional la tesis de la legítima defensa del honor en casos de feminicidio (ADPF 779). El fallo afirmó: “La ‘legítima defensa del honor’ es un recurso argumentativo y retórico odioso, inhumano y cruel, utilizado por las defensas de acusados de feminicidio o agresiones contra mujeres para responsabilizar a las víctimas de sus propias muertes o lesiones. Refleja un rezago en la retórica de ciertos operadores del derecho que perpetúa la desigualdad entre hombres y mujeres, además de fomentar la tolerancia y normalización de la violencia doméstica, prácticas que no tienen cabida en la Constitución de 1988”.

Sanford y Wood—. Sin embargo, desde un análisis más “pluralista” y “polifónico” de las comunidades interpretativas que coexisten en la sociedad (Medina, 2012), es posible identificar situaciones intermedias de injusticia hermenéutica. Las experiencias no son igualmente ininteligibles, ya que es posible que los miembros de un grupo marginado compartan entre sí los recursos conceptuales adecuados para interpretar sus propias experiencias, pero debido a su falta de poder social no puedan influir en los recursos hermenéuticos comunes de la sociedad en general. Estas son situaciones en las que las fallas conceptuales se encuentran en algún punto “a la mitad del camino” (Fricker, 2016). La falla puede no estar en los recursos hermenéuticos de la propia persona, quien es capaz de comprender perfectamente lo que le ocurre y compartirlo con los miembros de su grupo social. Más bien, el problema radica en los recursos hermenéuticos de personas pertenecientes a grupos más distantes, a quienes se intenta transmitir el significado de dicha experiencia¹⁴. El Poder Judicial puede ser visto, en este contexto, como el interlocutor políticamente relevante a quien los miembros de grupos marginados intentan transmitir el significado de sus experiencias sociales.

Un caso que ilustra esta injusticia hermenéutica intermedia es el de la mujer maltratada que mata a su pareja abusadora mientras él duerme y trata de convencer a los jurados de que actuó en legítima defensa o bajo provocación (Ho, 2012; Fricker, 2012). El problema es que, según la doctrina penal, para aplicar estas categorías jurídicas es necesario demostrar que la reacción es inmediata o que responde a una amenaza actual o inminente. Solo así se podría excluir la ilicitud del acto de matar o mitigar la culpabilidad de la acusada. Esta exigencia de orden temporal se basa en la creencia de que es el tipo de conducta que se espera de los “hombres razonables”. No obstante, debido a la vulnerabilidad de las mujeres, no es raro que estos actos ocurran algún tiempo después, cuando el agresor está dormido y no puede atacar nuevamente. El requisito temporal es esencial para el derecho, pero no refleja cómo las mujeres maltratadas reaccionan e interpretan su conducta: ellas están seguras de la amenaza futura, no pueden escapar del contexto de violencia intrafamiliar y ya no soportan más las agresiones. Este caso ejemplifica una injusticia hermenéutica a la mitad del camino, según Fricker, ya que la mujer entiende perfectamente que su acción es una respuesta directa a los abusos sufridos; sin embargo, el Poder Judicial muestra resistencia a interpretarla de esa manera, viéndola en cambio como una forma de venganza.

¹⁴ Para Dotson (2012), esta situación explica la ocurrencia de una forma contributiva de injusticia epistémica, que consiste en el uso intencional indebido de un conjunto determinado de recursos hermenéuticos. Volveré a esto más adelante. Véase, en el mismo sentido, Pohlhaus, Jr. (2012).

Aún en relación con esta segunda dimensión (ii), se puede considerar tres situaciones respecto a las posibles extensiones de la falla conceptual entre el hablante y el oyente. En los casos de Sanford y Wood, la falla conceptual se localiza en los recursos hermenéuticos de ambos actores involucrados: Sanford y su marido no veían el síntoma de depresión posparto; Wood y el profesor tampoco tenían el concepto de acoso sexual¹⁵. Lo mismo se puede decir respecto a los terceros a quienes se intentaba comunicar la experiencia negativa. Por otro lado, en el caso de la mujer maltratada que mata a su pareja abusadora, la falla radica en los recursos hermenéuticos del oyente (el Poder Judicial), pero no de la mujer que entiende e intenta transmitir el sentido de su experiencia. Sin embargo, también existe un tercer caso donde la falla conceptual se encuentra en los recursos hermenéuticos del hablante que sufre la injusticia hermenéutica, pero no del oyente (Jenkins, 2017). Un ejemplo de esta situación es una víctima de violación o violencia doméstica que tiene conceptos erróneos, en forma de mitos, que le impiden entender lo que realmente sucedió. Pensemos en el mito de que la violación no ocurre en el matrimonio; o de que, si no hubo violencia física, entonces no hace sentido hablar de violencia doméstica. Es posible que la comunidad en la que se encuentra la víctima tenga los recursos necesarios para entender la situación, aunque ella misma no la comprenda de esa forma. Incluso, hay casos en los que el propio sistema jurídico posee normas que capturan esas experiencias de manera adecuada, pero la víctima no es capaz de entenderlas. Para Jenkins (2017, p. 10), estos mitos constituyen “un tercer tipo de injusticia hermenéutica [...]”. En este tipo de caso, los recursos conceptuales relevantes están disponibles en algunos contextos sociales, pero son inaccesibles para la persona que necesita hacer comprensible su experiencia de injusticia”. Aunque pueda ser un caso de falta de inteligibilidad que se encuentra a la mitad del camino entre el hablante y el oyente, este parece ser un caso grave, similar al de Sanford y Wood. Esto se debe a que la falla conceptual afecta los recursos hermenéuticos de la propia víctima. Sin embargo, en este caso, la reparación podría ser más sencilla, considerando el papel positivo que podría desempeñar el oyente (e.g, el Poder Judicial).

Llegamos entonces a la tercera dimensión (iii), es decir, la forma de ininteligibilidad. Frecuentemente no se entiende el contenido de lo que se dice en razón de una falla conceptual (negativa o positiva), pero algunas veces no se comprende el estilo de comunicación o la forma de expresión. Alegaciones de violencia son

¹⁵ Con esto, no se quiere decir que todos sean víctimas de injusticia hermenéutica. Quien sufre el daño en su capacidad epistémica de entender y comunicarse es la mujer, en ambas situaciones.

desacreditadas cuando las mujeres se expresan de forma muy emotiva, por ejemplo. Su forma de expresión es vista como un síntoma de una patología, y la mujer es luego tachada de histérica, emocionalmente inestable o loca. Esto puede tener consecuencias negativas más allá del reconocimiento de la violencia doméstica, como en casos de solicitud de custodia de hijos. También es relevante mencionar la criminalización de músicos de hip-hop como un tipo de injusticia hermenéutica que ocurre debido a la falta de comprensión de ese estilo musical. Las letras del drill y del rap, que narran escenas de violencia, se interpretan como una señal de que el artista pertenece a una pandilla o tiene una propensión a la violencia, cuando en realidad son estilos típicos de un género artístico que garantiza el éxito en el mercado (Owusu-Bempah, 2022; Jalloh, 2023).

Es importante señalar que el daño epistémico causado por la injusticia hermenéutica no es simplemente una cuestión de mala suerte, sino que se debe a relaciones desiguales de poder social –o sea, se debe a una situación de marginalización u opresión epistémica: “los poderosos tienen una suerte de ventaja injusta para ‘estructurar’ nuestros entendimientos del mundo social” (Fricker, 2013, p. 191). Las relaciones desiguales de poder excluyen a ciertos grupos de las prácticas que configuran los conceptos, narrativas, creencias y otros elementos discursivos necesarios para comprender y evaluar la realidad social. Además, dado que esos elementos discursivos están incrustados en las instituciones y no son controlados por ninguna persona en particular, la injusticia hermenéutica se manifiesta como un fenómeno estructural. Por eso Fricker insiste en que los oyentes pueden perpetuar, pero no perpetrar, una injusticia hermenéutica. Esta característica estructural y la falta de reconocimiento del papel de la agencia serán debatidas a continuación¹⁶.

4. LAS INJUSTICIAS HERMENÉUTICAS EN EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

En la sección anterior, conceptualicé la injusticia hermenéutica y expliqué algunas de sus formas de manifestación a lo largo de las tres dimensiones de análisis propuestas por Fricker. El objetivo fue introducir el concepto y algunos ejemplos para que podamos reflexionar sobre las distintas manifestaciones de ese fenómeno en el contexto del razonamiento judicial (aunque algunos ejemplos ya las anticiparon). En esta sección, abordaré dos tipos de injusticia hermenéutica en el razonamiento judicial: normativa y probatoria. Estos dos tipos de injusticia hermenéutica se entrecruzan con las dimensiones de análisis propuestas por Fricker. Es decir, las injusticias hermenéuticas

¹⁶ Una crítica a la falta de atención a la dimensión intencional de las injusticias hermenéuticas puede ser encontrada en Mason (2011), Medina (2012), Pohlhaus, Jr. (2012) y Dotson (2012).

normativa y probatoria pueden variar a lo largo de las tres dimensiones analizadas: pueden ser más o menos graves en términos de la dificultad de comprensión; en términos de quien no comprende (el hablante, el oyente o ambos); y en términos de sus formas de expresión.

La división entre injusticias hermenéuticas normativas y probatorias refleja la estructura silogística que tradicionalmente se asocia con el razonamiento judicial. En esta, encontramos una premisa mayor, que corresponde a la norma; y una premisa menor, que se refiere a un hecho particular. La norma se formula a partir de la interpretación de las fuentes del derecho, como textos normativos en constituciones, códigos, leyes, tratados, reglamentos y precedentes. Por otro lado, la determinación del hecho específico se basa en una cadena de inferencias generadas a partir de las pruebas presentadas y sustentadas en reglas de experiencia, normas jurídicas y conceptos interpretativos (Gonzalez Lagier, 2013). Lo que estoy denominando de injusticia hermenéutica normativa se relaciona con la premisa mayor, mientras que lo que estoy llamando de injusticia hermenéutica probatoria se asocia con la premisa menor. Esta estructura tiene un propósito meramente didáctico y no refleja cómo los jueces realmente toman decisiones ni cómo deberían tomarlas (MacCormick, 2015). El uso de esta estructura lógica para abordar estas dos formas de injusticia hermenéutica debe entenderse, por tanto, como una herramienta heurística tanto analítica como didáctica.

Es cierto que esta distinción no es completamente clara, ya que las inferencias probatorias empleadas para formular la premisa menor del silogismo jurídico pueden involucrar tanto aspectos normativos como conceptuales (Gonzalez Lagier, 2013). Este punto se abordará al final del siguiente apartado. Sin embargo, es crucial no confundir estas dos dimensiones del razonamiento judicial. Las injusticias hermenéuticas normativas y probatorias son fallas epistémicas que surgen de procesos diferentes y, por lo tanto, requieren soluciones distintas.

4.1 La injusticia hermenéutica normativa

Una injusticia hermenéutica *normativa* ocurre cuando la marginación hermenéutica de ciertos grupos sociales afecta los materiales que constituyen las fuentes del derecho positivo. Estas fuentes del derecho positivo son entendidas como el resultado de la actividad de los agentes autorizados para crear el derecho (Shecaira, 2024)¹⁷. Ejemplos

¹⁷ También es posible incluir ciertas prácticas sociales como creadoras de derecho, como es el caso de las costumbres (Shecaira, 2023, p. 16; Aguiló Regla, 2012). Entiendo que muchas costumbres también pueden dar lugar a injusticias hermenéuticas normativas.

de fuentes del derecho positivo incluyen los textos enunciados en constituciones, tratados, leyes, decretos, reglamentos y precedentes judiciales. Como se puede notar, no hay restricción en cuanto al órgano de donde proviene el derecho: legislativo, administrativo o judicial. Quedan excluidos aquellos preceptos contruidos por el intérprete y aplicador del derecho a partir de alguna concepción de moralidad crítica o derecho natural. Esta limitación a las fuentes del derecho positivo se justifica porque la injusticia hermenéutica se refiere a una falla conceptual en los recursos lingüísticos compartidos por la comunidad. Dado su carácter estructural, una definición de la injusticia hermenéutica normativa no puede depender de interpretaciones subjetivas basadas en juicios morales individuales¹⁸.

Para examinar las injusticias hermenéuticas normativas, es útil recordar lo que mencionamos sobre la dimensión (i). Como vimos, las injusticias hermenéuticas pueden ser de naturaleza negativa o positiva. Existen casos de fallas de comprensión debido a la ausencia de un concepto (e.g., “acoso sexual” y “violencia doméstica” en el pasado) o debido a la presencia de un concepto que distorsiona la comprensión de otro que es útil para dar sentido a cierta experiencia social (e.g., “niño de oro” y “legítima defensa del honor”). Cuando pensamos en el contexto del derecho, el primer caso se relaciona con situaciones en las que las autoridades normativas ignoran o silencian ciertas experiencias de grupos sociales oprimidos, manteniéndolas en la oscuridad. El segundo caso ocurre cuando las autoridades normativas prescriben explícitamente en contra de ciertas experiencias sociales. Es posible que esa prescripción desplace, derrote o impida la aplicación de otra categoría jurídica; o que atribuya directamente a los hechos alguna consecuencia jurídica indebida. La literatura jurídica define la primera situación como una *laguna normativa* en sentido propio, y clasifica la segunda como un tipo de laguna impropia, a menudo referida como *laguna axiológica, valorativa o ideológica* (Alchourrón y Bulygin, 1971)¹⁹. Lo que permite categorizar ambos tipos de lagunas – normativa y axiológica– como casos de injusticia hermenéutica normativa es el hecho de que su origen radica en defectos arraigados en los recursos hermenéuticos colectivos del sistema jurídico. El defecto en el primer caso surge del silencio, mientras que en el segundo se debe a una regulación considerada inicua. Analicemos cada una de estas situaciones con más detalle²⁰.

¹⁸ Esta afirmación será matizada más adelante.

¹⁹ La literatura jurídica identifica otros tipos de lagunas, como la laguna técnica, que resulta de la inexistencia de una regulación respecto a cierta materia. Para una explicación sobre otros tipos de lagunas (e.g., lagunas de conocimiento y de reconocimiento), véase Alchourrón y Bulygin (1971).

²⁰ Llamo la atención para el hecho de que la expresión “normativa” se utiliza tanto para clasificar el tipo de injusticia hermenéutica como el tipo de laguna jurídica, de modo que podemos decir que existe un tipo de

Una laguna normativa ocurre cuando un hecho o una experiencia social no está regulada en los materiales que constituyen las fuentes del derecho positivo. Pensemos en el caso de las personas que se identifican como no binarias, es decir, que no se consideran parte de los dos géneros convencionales (femenino y masculino). Muchos sistemas jurídicos suelen ser silenciosos respecto al reconocimiento explícito de esta categoría, lo que impide, entre otras cosas, la posibilidad de corregir los documentos en el registro civil. Por otro lado, una laguna axiológica ocurre cuando existe un texto normativo que regula explícitamente un hecho de una manera que se considera inicua. Un ejemplo histórico e ilustrativo de este tipo de laguna es la prohibición legal de la Capoeira, un ritual de origen africano e indígena que combina música, lucha y danza²¹. En este caso, se impone una sanción a un hecho de una manera que distorsiona el significado genuino que este tiene para los miembros de los grupos marginados que lo realizan. La prohibición de ejercicios de agilidad y destreza corporal en espacios públicos impedía a los negros practicar una tradición cultural que simbolizaba su resistencia contra la opresión. En este escenario, si algún negro fuera arrestado por practicar Capoeira, cualquier intento de comunicar ante las autoridades el significado simbólico de esta tradición enfrentaría resistencia²².

Es cierto que no todas las lagunas, ya sean normativas o axiológicas, pueden generar una injusticia hermenéutica normativa. Por ejemplo, imaginemos una práctica compartida por miembros de una religión marginada que consiste en sacrificar bebés como forma de honrar a sus deidades. O consideremos la mutilación genital femenina, una práctica cuyo objetivo es señalar el decoro femenino. Es evidente que tanto la falta de reconocimiento explícito de estas prácticas como lícitas por parte del derecho positivo (laguna normativa) como su expresa prohibición (laguna axiológica) no configurarían casos de injusticia hermenéutica normativa. Reconozco que el tema de la multiculturalidad puede ser complejo, pero podemos afirmar que, para identificar injusticias epistémicas, la experiencia social del grupo oprimido o marginado debe alinearse con principios básicos de justicia y equidad. Existe, además, una razón jurídica para esto: sería inadmisibles cualquier medida que busque reconocer hechos sociales de

injusticia hermenéutica normativa que surge de una laguna *normativa* propiamente dicha y otro tipo de injusticia hermenéutica normativa que surge de una laguna *axiológica*.

²¹ La prohibición estaba prevista en el artículo 402 del Código Penal brasileño de 1890 (vigente hasta 1939).

²² La injusticia hermenéutica que resulta de una laguna axiológica como esta suele constituir una situación más grave en términos del grado de ininteligibilidad, ya que es más difícil cambiar las creencias cuando estas están profundamente arraigadas (Mercier, 2020). Luego, puede ser más fácil comunicar el sentido de una experiencia social cuando el oyente la desconoce (caso de personas no binarias) que hacerlo cuando el oyente se encuentra bajo un sistema normativo que ya tiene un concepto negativo sobre ella (caso de la Capoeira).

grupos marginados que sean violatorios de derechos fundamentales. Pero quizá la razón principal esté relacionada con un principio de coherencia. Las injusticias epistémicas están concebidas para corregir fallas epistémicas originadas en la discriminación y la opresión. No tiene sentido hablar de injusticia epistémica en relación con una práctica social que, en sí misma, sea fuente de discriminación y opresión.

Una vez explicadas las dos principales formas de lagunas que pueden llevar a la ocurrencia de injusticias hermenéuticas normativas, es necesario ahora abordar la llamada Tesis de la Identificación Opcional, formulada por los teóricos realistas del derecho en relación con la identificación de dichas lagunas (Chiassoni, 2019, p. 162). Creo que es importante mencionar este debate aquí, ya que parece señalar las limitaciones del marco conceptual de Fricker para identificar las injusticias hermenéuticas normativas en el razonamiento judicial. Como se indicó al final de la sección anterior, Fricker entiende la injusticia hermenéutica como un tipo de injusticia estructural, donde la falla o defecto conceptual reside en los recursos colectivos de una comunidad. La marginalización hermenéutica no es el resultado de una acción deliberada o intencional, ni de una manipulación por parte del oyente o intérprete. Al trasladar esta idea al contexto judicial, la falla conceptual debería estar precisamente en las fuentes del derecho positivo, como sugerimos al principio. Esto implicaría que las injusticias hermenéuticas no pueden ser perpetradas por un juez en particular, sino sólo perpetuadas, y que ‘tenderán a persistir independientemente de los esfuerzos individuales’ (Fricker, 2017, p. 54).

Pero ¿es correcto asumir que esto es lo que sucede durante el proceso de interpretación y aplicación judicial? ¿Los jueces sólo perpetúan las injusticias hermenéuticas existentes –o, como máximo, pueden erosionarlas o debilitarlas gradualmente–, o tienen el poder de crearlas y erradicarlas por completo? Según la Tesis de la Identificación Opcional, las lagunas jurídicas son más bien creadas o evitadas que descubiertas. Eso ocurre porque el intérprete dispone de técnicas o argumentos interpretativos que permiten atribuir distintos significados a los textos normativos (Chiassoni, 2019; Guastini, 2014). Por ejemplo, al utilizar el argumento *a contrario sensu* en su sentido fuerte, los intérpretes pueden decidir que un caso no explícitamente regulado por un texto (una laguna normativa) se resuelve de manera opuesta (Canale y Tuzet, 2024). Es decir, lo que no está cubierto por la formulación literal del texto se entiende implícitamente como regulado de forma contraria. Frente al

silencio, no hay laguna²³. Además, cuando los intérpretes eligen considerar que existe una laguna, tienen el poder de decidir si la corrigen o no. El intérprete considera que existe una laguna en la ley porque los textos relevantes no regulan explícitamente el caso; sin embargo, puede decidir utilizar otros argumentos, como el *teleológico* o el *sistemático*, para colmarla. Por ejemplo, al usar el argumento teleológico, el intérprete busca el propósito del texto normativo, ya sea en la intención del legislador o en el supuesto espíritu de la ley. Con el argumento sistemático, puede señalar que el texto no está conforme con algún principio establecido en la Constitución. La libertad interpretativa de los jueces es tan amplia que la búsqueda del propósito y la identificación de la falta de conformidad con la Constitución pueden servir tanto para producir un resultado extensivo (por ejemplo, al proponer la inclusión de hechos no explícitamente regulados, en el caso de lagunas normativas) como restrictivo (por ejemplo, al excluir hechos explícitamente regulados, en el caso de lagunas axiológicas).

Citemos como ejemplo de la primera situación la decisión de la Suprema Corte de Chile respecto a la interpretación del artículo 61 de la Ley No. 19.947 (2004), la llamada Nueva Ley de Matrimonio Civil²⁴. Este artículo establece el derecho a la compensación económica para el “cónyuge” que no pudo desempeñar un trabajo remunerado o lucrativo durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que deseaba, “como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común”. En el fallo rol 337-2011, la Corte Suprema interpretó que había una laguna normativa en el referido artículo respecto al caso del *conviviente de hecho*. La decisión de la Corte amplió el alcance del artículo 61 recurriendo al argumento teleológico, buscando el “espíritu general de la legislación”, y al principio de la “equidad natural”, ambos indicados en el artículo 24 del Código Civil. Podemos analizar este caso como una situación de injusticia hermenéutica debido a la existencia de una laguna normativa, ya que el derecho a la compensación por menoscabo económico en el caso de los convivientes de hecho no estaba explícitamente previsto en las fuentes del derecho positivo. La Suprema Corte identificó una falla conceptual del legislador al restringir la idea de familia únicamente al matrimonio y decidió corregirla. Sin embargo, la Corte Suprema podría haber interpretado de manera diferente. Se podría haber decidido simplemente que el caso no constituía una laguna normativa. Mediante el empleo del argumento *a contrario sensu* en su sentido fuerte –mencionado

²³ El argumento *a contrario sensu* en sentido fuerte se utiliza comúnmente en el derecho penal. En la tradición del positivismo jurídico, la idea de que no existen lagunas en el derecho está vinculada al dogma de la completitud. Véase Iturralde (1989, p. 151).

²⁴ Agradezco a Veronika Wegner por este ejemplo.

anteriormente—, la Corte podría haber interpretado que el caso del conviviente de hecho estaba implícitamente regulado por la ley, pero en sentido contrario, evitando así la idea de que existiera una laguna normativa a ser colmada.

Respecto al uso de los argumentos interpretativos, es importante señalar que, considerados por separado, estos argumentos no parecen estar directamente relacionados con la creación o prevención de injusticias hermenéuticas normativas. Esto queda claro con el ejemplo de los posibles usos del argumento *a contrario sensu*. Por ejemplo, ante una injusticia hermenéutica normativa causada por la falta de regulación de un caso (laguna normativa), el uso del argumento *a contrario sensu* en su versión fuerte resultaría perjudicial para corregir dicha injusticia. Sin embargo, el mismo argumento, cuando se aplica en su sentido mínimo, no llevaría a la misma situación, ya que solo detectaría la laguna normativa sin pronunciarse sobre cómo debería regularse el caso no previsto (Canale y Tuzet, 2024). Lo mismo ocurre con el uso del argumento teleológico. Ante una laguna normativa, el intérprete puede argumentar que el propósito de la ley no era excluir el caso; por lo tanto, el texto debería interpretarse de manera ampliativa. Esto sería un uso beneficioso del argumento teleológico, ya que incluiría una situación marginada que no había sido previamente regulada. No obstante, el intérprete también podría argumentar que el propósito de la ley era precisamente excluir el caso marginado por considerarlo odioso, lo cual sería un uso perjudicial del argumento teleológico²⁵.

El punto es que los jueces tienen una amplia libertad interpretativa para identificar (o no) lagunas, incluso en áreas del derecho donde no deberían tenerla. Este es el caso del derecho penal, en el que, en teoría, no se permite el uso de argumentos analógicos para integrar lagunas. Esta restricción deriva de los principios de estricta legalidad y anterioridad de la ley penal. Para eludir esta restricción, los juzgadores suelen decir que no hay laguna y que lo que están haciendo es una interpretación extensiva, y no propiamente una analogía (Canale y Tuzet, 2021, p. 208)²⁶. Un ejemplo de ese subterfugio interpretativo es la decisión MI 4733/DF, en la que el Supremo Tribunal Federal de Brasil aplicó la Ley n. 7.716/1989 (Ley del Racismo) a situaciones de homofobia, que aún no habían sido tipificadas como delito. Las personas que sufrían discriminación por orientación sexual o identidad de género no disponían de ningún texto

²⁵ En realidad, si el uso de los argumentos resulta beneficioso para evitar una injusticia hermenéutica normativa dependerá también del contenido de la norma en cuestión. Por ejemplo, si la norma es, de alguna manera, incura para la experiencia social del grupo marginado, incluirla a través del argumento teleológico podría, en realidad, ser perjudicial.

²⁶ Muchos teóricos incluso niegan que exista una distinción entre la analogía y la interpretación extensiva. Véase Iturralde (1989, p. 188).

presente en las fuentes del derecho positivo en los cuales pudiesen fundamentar sus demandas al Poder Judicial. Según el Tribunal, su objetivo fue simplemente “extender la tipificación prevista para los delitos resultantes de discriminación o prejuicio basado en raza, color, etnia, religión u origen nacional a la discriminación por orientación sexual o identidad de género”. En este caso, el Tribunal remedió una injusticia hermenéutica normativa, pero sin afirmar que existía una laguna. Ahora, no sería erróneo, del punto de vista jurídico, si el Tribunal afirmara, recurriendo al argumento *a contrario sensu* en sentido fuerte, que las situaciones de homofobia no estaban incluidas en el ámbito de la Ley del Racismo. De cierto, sería una decisión perjudicial a las personas homosexuales e incorrecta desde el punto de vista de la justicia epistémica.

¿Podemos afirmar que estos ejemplos, que apoyan la crítica realista, nos llevan a la conclusión de que el marco conceptual de Fricker es inadecuado para identificar las injusticias hermenéuticas normativas en el razonamiento judicial? Si las injusticias hermenéuticas normativas, que surgen de lagunas normativas o axiológicas, son en realidad el resultado de la discrecionalidad del juzgador más que de un fallo objetivo en los recursos hermenéuticos del sistema jurídico, entonces los juzgadores no son meras autoridades pasivas que perpetúan una injusticia ya existente, sino agentes con la capacidad de controlar e influir en las situaciones que generan el daño epistémico.

Creo que, para responder a esta cuestión, es crucial distinguir entre dos pares de ideas: por un lado, perpetuar frente a perpetrar, en relación con la manifestación de injusticias; y, por otro lado, erosionar frente a eliminar, en relación con su corrección. Podemos aceptar la afirmación de Fricker de que las injusticias hermenéuticas no son perpetradas por jugadores específicos, sino perpetuadas, debido a que las lagunas están objetivamente presentes en los recursos hermenéuticos del derecho positivo. Sin embargo, en lo que respecta a la capacidad de erosionar frente a eliminar estas injusticias, los magistrados –especialmente aquellos en órganos deliberativos superiores, como una corte suprema, y dentro de sistemas jurídicos con una cultura de precedentes bien desarrollada– no solo pueden debilitarlas progresivamente, sino también erradicarlas por completo. La decisión de un juez en una corte superior puede cambiar radicalmente el significado de ciertas categorías e institutos jurídicos, lo que demuestra que la dimensión agencial de la injusticia hermenéutica es relevante en el ámbito judicial, algo que la teoría de Fricker no reconoce²⁷.

²⁷ Esta afirmación cobra más peso en sistemas jurídicos donde los precedentes de las cortes superiores son vinculantes para las instancias inferiores.

Esta sección ha centrado en un tipo de injusticia hermenéutica que afecta la formación de la premisa normativa del razonamiento judicial. Sin embargo, no puedo dejar de mencionar que una injusticia hermenéutica normativa también impacta la dimensión probatoria, que se abordará en la siguiente sección. En general, la norma anticipa el tema abstracto del procedimiento probatorio (*thema probandum*) al establecer un supuesto de hecho genérico que se intentará comprobar mediante las pruebas. El tema abstracto del procedimiento probatorio puede entenderse como “los hechos a cuya determinación está dirigido el procedimiento probatorio” (Taruffo, p. 46). En otras palabras, los supuestos de hecho enunciados en los textos normativos (es decir, en las fuentes del derecho positivo) constituyen una demarcación inicial de los hechos concretos que serán objeto de prueba.

Pensemos en el caso de la Capoeira, que mencionamos anteriormente. Los supuestos de hecho genéricos previstos en el artículo 402 del antiguo Código Penal brasileño (“Realizar en las calles y plazas públicas ejercicios de agilidad y destreza corporal”) ya predeterminan cuáles son los hechos concretos que la acusación debe probar (y la defensa refutar). Además, la norma actúa como garantía de una inferencia probatoria, ya que predetermina el sentido de esos hechos sociales, distorsionando o impidiendo la transmisión del significado genuino de estos actos. La evidencia de que los hechos descritos en la norma ocurrieron llevará al juez a clasificarlos o interpretarlos como un delito. La injusticia hermenéutica en este caso surge primariamente de una laguna axiológica, ya que el derecho regula de manera inicua la experiencia social de un grupo oprimido, limitando desde el principio su expresión cultural. Pero, como resultado, la declaración de un eventual testigo sobre el acusado practicando ejercicios de agilidad y destreza en las calles, o cualquier otra evidencia presentada, se ve distorsionada en su sentido. Sin embargo, considero que esta distorsión, que afecta el razonamiento probatorio, puede reconducirse a la injusticia hermenéutica normativa, la cual radica en la propia fuente del derecho positivo.

Lo mismo puede decirse respecto a los estereotipos o prejuicios que influyen en las llamadas reglas probatorias, las cuales predeterminan cómo deben probarse ciertos hechos, qué presunciones se derivan de ellos o el valor que debe asignarse a ciertos medios de prueba (pruebas legales o tasadas). Un ejemplo de prueba tasada en el derecho chileno es el artículo 22 de la Ley N.º 19.947 de 2004 (Nueva Ley de Matrimonio Civil), que establece que el cese de la convivencia debe probarse mediante ciertos documentos, como la escritura pública (Larroucau, 2022). Esto impide que otras pruebas, que podrían ser relevantes para personas que viven en comunidades

desfavorecidas sin acceso a la información o a los organismos pertinentes, puedan ser presentadas y consideradas.

Es cierto que las inferencias probatorias basadas en estas reglas jurídicas pueden generar injusticias hermenéuticas, pero las considero una variación de la injusticia hermenéutica normativa descrita en este apartado. Estas injusticias surgen de fallas conceptuales presentes en las fuentes del derecho positivo. La injusticia hermenéutica probatoria que abordaré en la siguiente sección surge de prejuicios y estereotipos negativos que distorsionan las reglas de experiencia compartidas por la comunidad, las cuales los jueces utilizan para hacer inferencias probatorias basadas en generalizaciones²⁸.

4.2 La injusticia hermenéutica probatoria

Este apartado aborda un segundo tipo de injusticia hermenéutica que se manifiesta en el razonamiento judicial, pero que no tiene su origen en las fuentes del derecho positivo. Se trata de la injusticia hermenéutica probatoria, que surge, más bien, de los prejuicios presentes en el conjunto de conocimientos (*stock of knowledge*) o en las reglas de experiencia que dan soporte al razonamiento de los juzgadores (Anderson, Schum & Twining, 2005). Estos prejuicios influyen en las *generalizaciones* que los jueces emplean como base para determinar tanto la relevancia como el peso de los medios de prueba. La referencia a estas dos expresiones –el “conjunto de conocimientos” y las “máximas de experiencia”– permite identificar las dos principales tradiciones en la teoría del derecho. En el ámbito de la *common law*, predomina el uso de la primera noción, mientras que en el derecho continental es más frecuente la referencia a la segunda. Aunque proceden de contextos distintos, ambas cumplen la misma función: constituyen el trasfondo sobre el que se construyen las generalizaciones empleadas en el

²⁸ Considero que la marginación hermenéutica de ciertos grupos también puede influir en los recursos interpretativos que se emplean en las llamadas inferencias probatorias interpretativas (González Lagier, 2013). Estas inferencias se basan en una regla conceptual como garantía. Por ejemplo, para clasificar la evidencia de falta de acción de una persona como “omisión”, utilizamos un concepto específico de omisión. Sin embargo, muchos de estos conceptos provienen del propio legislador, de la dogmática jurídica y del conjunto de decisiones judiciales, lo que lleva a que se mezclen con el universo normativo tratado en el apartado anterior. Para una discusión interesante sobre cómo las inferencias probatorias pueden basarse tanto en reglas de experiencia como en reglas jurídicas y reglas conceptuales, recomiendo leer el texto de González Lagier (2013). Véase también Matida y Herdy (2019). Como se acaba de explicar, en la próxima sección, me centraré únicamente en las inferencias probatorias *epistémicas*, que se apoyan en una regla de experiencia.

razonamiento probatorio y son, al mismo tiempo, el espacio donde suelen instalarse y reproducirse los prejuicios identitarios que causan las injusticias hermenéuticas.

Veamos un ejemplo. En los procesos penales es frecuente que la fiscalía sostenga que un imputado –a menudo un joven negro o inmigrante– es culpable porque fue visto huyendo del lugar del crimen al llegar la policía. Esta tesis suele llevar al juzgador a concluir que el acusado es culpable. Sin embargo, esta inferencia descansa en una generalización moldeada por la experiencia o el conjunto de conocimientos del juzgador, quien, en muchos casos, desconoce las experiencias sociales de jóvenes negros e inmigrantes de barrios periféricos. Para estos jóvenes, huir cuando aparece la policía no necesariamente sugiere culpabilidad, sino que puede ser una reacción al temor fundado de sufrir abusos policiales o, peor aún, de ser injustamente condenados (Gonzalez Rose, 2021). No obstante, esta explicación puede no resultar verosímil para el juzgador, quien carece de los recursos interpretativos compartidos por el grupo social al que pertenece el acusado, lo que lleva a descalificar su testimonio.

La generalización puede definirse como cualquier proposición general que se afirma como verdadera y que funciona como premisa de un argumento, ya sea de forma explícita, tácita o incluso inconsciente (Anderson, 1999). Las generalizaciones se presentan como indispensables tanto en la formulación de argumentos fácticos como valorativos. En el caso que nos interesa, del razonamiento probatorio –un tipo de razonamiento fáctico–, cuando una parte ofrece una prueba para sostener su hipótesis sobre los hechos (*probandum*), su alegación se apoya en alguna generalización (el *probans*) que garantiza o fundamenta la conexión entre la prueba y la hipótesis²⁹. Según la conocida descripción de David Schum, las generalizaciones son el “pegamento que mantiene unidos nuestros argumentos” (1994, p. 82). Michele Taruffo explica que “los eslabones de las inferencias formuladas en el razonamiento probatorio están constituidos por las máximas de experiencia (o por nociones equivalentes), que actúan precisamente como criterios de inferencia en el paso de un hecho a otro” (2011, p. 424). En el ejemplo citado, la conclusión de que el acusado es culpable no se basa únicamente en la prueba de que huyó de la escena del crimen, sino también en la generalización (a menudo implícita) de que quien huye cuando la policía llega a la escena del crimen probablemente tiene algo que ocultar.

Las generalizaciones pueden clasificarse de distintas formas. Una clasificación habitual las distingue según su fuente y su grado de fiabilidad (Anderson, 1999, p. 459).

²⁹ Véase la explicación de Arena, 2022, p. 223.

En cuanto a su fuente, pueden distinguirse generalizaciones de origen científico, provenientes de conocimiento experto (aunque no necesariamente científico), de conocimiento general, basadas en la experiencia o sustentadas en creencias. Respecto a su fiabilidad, las generalizaciones pueden situarse en un continuo que va desde aquellas bien corroboradas y ampliamente aceptadas, pasando por las que carecen de verificación o incluso son imposibles de verificar, hasta aquellas sustentadas en sesgos, prejuicios o estereotipos infundados. Estas últimas resultan especialmente problemáticas, pues constituyen lo que Anderson, Schum y Twining (2005) califican como generalizaciones “peligrosas”. Como explican:

Las generalizaciones pueden situarse en un espectro de fiabilidad que va desde proposiciones bien probadas y generalmente aceptadas, como las asociadas con la ley de la gravedad, hasta intuiciones en gran parte no probadas y a veces imposibles de probar, como la generalización de que huir del lugar de un crimen es evidencia de culpabilidad, hasta prejuicios infundados basados en estereotipos falsos, como los prejuicios basados en género, raza, clase o edad³⁰.

Dado que la solidez de una generalización puede variar, la fuerza de la inferencia probatoria basada en ella también puede cambiar. Siguiendo los ejemplos que propone Frederick Schauer (2003), las generalizaciones pueden presentarse en forma de afirmaciones universales – “Todos los seres humanos son mortales”– o afirmaciones estadísticas – “Muchos hinchas ingleses son violentos”–. Estas últimas, a su vez, pueden estar empíricamente fundamentadas – “Los pitbulls son violentos”– o carecer de fundamento empírico, en cuyo caso se denominan “espurias” – “Los capricornianos son personas con autoconfianza”–. Sin embargo, incluso aquellas generalizaciones que cuentan con cierto respaldo empírico pueden ser problemáticas. Por ejemplo, la afirmación de que “Las personas de origen musulmán tienden más al terrorismo que aquellas que no lo son” puede tener alguna base estadística, pero su utilización resulta moralmente inapropiada (Schauer, 2003, p. 189).

Ahora bien, la clasificación de las generalizaciones según su fuente y su fiabilidad no solo permite graduar la solidez de las inferencias probatorias, sino que también sirve para identificar cuándo estas deben considerarse inaceptables. Según Dahlman (2017), ciertas generalizaciones deben considerarse inaceptables en el razonamiento probatorio debido a las características que presentan³¹. Desde el punto de vista epistémico, son inaceptables aquellas que resultan falsas, carecen de robustez

³⁰ La traducción es de mí autoría.

³¹ Véase también Rovatti, 2024.

o inducen sesgos cognitivos; y desde el punto de vista moral, lo son aquellas que incorporan o reproducen formas de discriminación. No me detendré aquí a analizar en detalle los distintos fundamentos que, según Dahlman, permiten identificar una generalización como inaceptable. Menos aún podré, en este espacio, vincular dicho análisis con el fundamento específico que subyace a las situaciones que identifico como casos de injusticia hermenéutica, cuyo rasgo distintivo es la incompreensión de la experiencia social de un grupo marginado. Se trata de un análisis complejo y desafiante. A modo ilustrativo, puede considerarse el caso del que huye de la escena del crimen que mencionamos más arriba. La generalización utilizada por el juzgador, según la cual el imputado es culpable, resulta problemática por varias razones: carece de robustez, ya que toma como referencia a todas las personas que huyen sin considerar las circunstancias particulares de personas negras o inmigrantes; tiende a activar sesgos, al sobreestimarse su valor probatorio; y es discriminatoria, pues coloca sistemáticamente a estas personas en una situación de desventaja cuando se encuentran en escenas del crimen. Si estas mismas razones para considerar inaceptable una generalización son igualmente aplicables a otros casos de injusticia hermenéutica es una cuestión que deberá ser examinada en otra ocasión.

Dicho esto, para proponer una definición de injusticia hermenéutica probatoria, tomaré como punto de partida la siguiente descripción que Federico Picinali utiliza para explicar cómo se producen injusticias testimoniales en el razonamiento probatorio (2023, p. 2012)³²:

En las evaluaciones de relevancia y valor probatorio, la injusticia testimonial ocurre cuando el conjunto de conocimientos que una parte en el procedimiento posee, como miembro de un grupo social, es ignorado o desestimado debido al prejuicio identitario del adjudicador contra ese grupo (o contra otro grupo al que pertenezca la parte) y, como resultado, el argumento de la parte sobre la relevancia y el valor probatorio de un elemento de prueba –un argumento que se basa en dicho conjunto de conocimientos– recibe un déficit de credibilidad.

Picinali desarrolló su descripción para abordar los casos de injusticia testimonial en el razonamiento probatorio, pero su enfoque resulta relevante para entender las injusticias hermenéuticas probatorias por tres razones. En primer lugar, su enfoque destaca los aspectos centrales del razonamiento probatorio afectados por prejuicios y estereotipos negativos: la *relevancia* y el *valor probatorio*³³. La relevancia se refiere a la condición

³² La traducción es de mi autoría.

³³ Se reconoce también que las injusticias hermenéuticas pueden afectar otras etapas de la actividad probatoria, como la selección de hipótesis por parte de las autoridades encargadas de la investigación.

necesaria, aunque no suficiente, para que una prueba sea admitida en el proceso. El juicio de relevancia es una evaluación preliminar del valor de la prueba y actúa como un criterio epistémico y como herramienta de eficiencia procesal, ya que la prueba debe poder contribuir a la determinación de los hechos y a la búsqueda de la verdad. Un medio de prueba se considera relevante si aumenta o disminuye la probabilidad de que un hecho en disputa sea verdadero³⁴. Por otro lado, el valor probatorio mide el peso o la importancia de una prueba en la determinación de la probabilidad de las hipótesis fácticas en disputa. Este valor influye en la convicción del juzgador y debe ser evaluado no solo de manera aislada, sino también en conjunto con las demás pruebas admitidas en el proceso. Lo fundamental es que tanto la evaluación de la relevancia como la del peso de una prueba se apoyan en generalizaciones que dependen del conjunto de conocimientos del juzgador. Sin embargo, este conjunto de conocimientos suele estar moldeado por las experiencias de los grupos sociales dominantes.

En segundo lugar, el enfoque de Picinali resulta especialmente útil para analizar las injusticias hermenéuticas probatorias, ya que pone el foco en el descrédito que se produce cuando el conocimiento de la parte es *ignorado* o *desestimado*. Según el autor, el juzgador no logra atribuir la credibilidad adecuada a un medio de prueba –como un testimonio– porque es incapaz de comprender el conjunto de conocimientos que sustenta la generalización que da relevancia y peso a esa prueba. Picinali se ocupa de aquellos casos en los que la información aportada por una de las partes pierde relevancia y fuerza probatoria porque no logra “hacer visible” para el juzgador sus propias interpretaciones del mundo (2023, p. 209).

En tercer lugar, Picinali nos sitúa, más bien, ante un escenario caracterizado por una dinámica de “doble injusticia epistémica” (Fricker, 2007, p. 160). Eso ocurre pues la situación de marginación hermenéutica da lugar a “reducciones descontroladas” tanto en plausibilidad de la información como en la credibilidad del hablante (Jones, 2002, p. 160). Karen Jones explica que estas reducciones crean un “bucle de refuerzo mutuo”, en el que “nuestra baja calificación inicial de credibilidad lleva a una reducción en la plausibilidad que atribuimos al contenido de la historia, y esto, a su vez, confirma nuestra evaluación inicial de falta de credibilidad, lo que nos hace aún más seguros en nuestras bajas calificaciones de plausibilidad” (2002, p. 160). Estas observaciones sugieren que, si bien las injusticias testimoniales y hermenéuticas son conceptos distintos, en la

³⁴ Esa es la definición que se encuentra en la Regla 401 de las *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos, “La evidencia es relevante si: (a) tiene alguna tendencia a hacer que un hecho sea más o menos probable de lo que sería sin la evidencia” (la traducción es mía).

dinámica de la vida su estructura resulta más compleja, ya que frecuentemente se encuentran entrelazadas y tienden a reforzarse mutuamente³⁵.

El esquema de Picinali es útil para describir las injusticias hermenéuticas probatorias, pero necesita un pequeño ajuste. Aunque él se enfoca en la información proporcionada por las partes del procedimiento, quiero ampliar este enfoque para incluir a otros participantes del proceso³⁶. La falta de comprensión no solo puede ocurrir en relación con el conjunto de conocimientos que sostiene las generalizaciones de las partes pertenecientes a grupos oprimidos. Víctimas, testigos y peritos que intentan transmitir informaciones también pueden experimentar este daño epistémico y ver sus declaraciones ignoradas, desestimadas o malinterpretadas. En estos casos, el daño epistémico directo que sufren los participantes también repercutirá sobre las partes, quienes experimentarán un daño epistémico de tipo *ricochet*, afectando su derecho a un proceso justo (Herdy, 2024). Por lo tanto, podemos decir que una injusticia hermenéutica probatoria ocurre cuando *un participante en el procedimiento judicial –ya sea una de las partes, un testigo, una víctima o un perito– se basa en un conjunto particular de conocimientos y experiencias para respaldar sus argumentos sobre la relevancia o el valor de la información proporcionada, y los juzgadores, al carecer de los recursos hermenéuticos necesarios para comprender dicha perspectiva o al ignorarlos intencionalmente, interpretan la información como implausible*³⁷.

Un buen ejemplo se encuentra, una vez más, en el caso judicial que Fricker toma de la novela de Harper Lee (Medina, 2011; Pohlhaus, Jr., 2012). Según Fricker, Robinson enfrenta injusticia testimonial al ser falsamente acusado de violar a Mayella Ewell, una joven blanca; pero la historia también muestra la dificultad del acusado para explicar que Mayella había desarrollado un interés sexual hacia él, una hipótesis que

³⁵ Es cierto que las injusticias hermenéuticas probatorias, porque son del tipo a mitad del camino, casi siempre se acompañan de injusticias testimoniales, lo que da lugar a una situación de doble injusticia epistémica. No obstante, las injusticias testimoniales *per se* pueden ocurrir sin que haya un déficit de inteligibilidad previo (Herdy, 2024). Un ejemplo de injusticia testimonial en el razonamiento probatorio es cuando una persona declara algo que es común (y que está respaldado por pruebas) pero no es creída simplemente por ser de negra, inmigrante, musulmana, trans, etc. Por ejemplo, si un sospechoso musulmán dice que nunca ha estado en un lugar determinado y esta afirmación, aunque respaldada por otras pruebas, no recibe la credibilidad adecuada, se está produciendo una injusticia testimonial *simpliciter*. La información sobre no haber estado en un lugar específico no necesita conocimientos especializados para ser comprendida.

³⁶ Otra precisión que podría incorporarse en su descripción es la importancia de no destacar el prejuicio identitario del adjudicador o juzgador. La injusticia hermenéutica, en realidad, es el resultado de un prejuicio que no afecta únicamente al oyente juzgador de manera individual, sino que distorsiona los recursos hermenéuticos colectivos que orientan su razonamiento –o el de cualquier persona que comparta dichos recursos–. Por ello, se sostiene que la injusticia hermenéutica posee un carácter estructural.

³⁷ Aquí estoy incorporando la “ignorancia hermenéutica intencional” como un tipo de injusticia hermenéutica, lo que amplía el concepto originalmente propuesto por Fricker. Véanse Pohlhaus, Jr. (2012) y Dotson (2012).

sexualiza las relaciones interraciales y que era completamente implausible. Según Medina (2011, p. 68):

Más bien, el problema radica en que la proposición va en contra de todos los principios y supuestos subyacentes que regulaban en esa época las relaciones de género y raciales en el Sur, y por lo tanto, la proposición parece increíble. Aquí, el obstáculo epistémico es la imposibilidad de imaginar que una chica blanca se interese por un negro. Finch [el abogado] está pidiendo al jurado que atribuya a una mujer blanca una forma increíble de agencia sexual (¡la capacidad de iniciar una actividad sexual!) y un objeto de deseo inapropiado (¡un Negro!). Y hay otra proposición difícil de aceptar: si Mayella no ha sido abusada por Tom, debe haber sido abusada por su propio padre. El jurado se enfrenta a la elección entre un escenario fácilmente imaginable y ya preestablecido (una niña blanca siendo violada por un Negro) y algo unimaginable combinado con algo imaginable pero devastador (una niña blanca deseando a un Negro y siendo físicamente abusada y posiblemente violada por su propio padre).

Picinali (2023) nos proporciona una variedad de ejemplos. Las personas negras explican que guardan silencio durante los interrogatorios policiales porque desconfían de la policía y temen que sus palabras sean distorsionadas; sin embargo, las autoridades interpretan ese silencio como una señal de que están ocultando algo. Los raperos sostienen que las letras violentas son un rasgo característico de este género artístico y una fórmula para alcanzar el éxito comercial; sin embargo, las autoridades las interpretan como un indicio de que el artista pertenece a una pandilla o tiene una inclinación a la violencia. Los expertos afirman que la falta de resistencia por parte de la víctima es común en casos de violación; sin embargo, las autoridades interpretan esta falta de resistencia como una señal de consentimiento. Las personas inmigrantes explican que suelen portar grandes sumas de dinero en efectivo porque trabajan de manera informal mientras regularizan su situación migratoria; sin embargo, las autoridades lo interpretan como un indicio de actividad vinculada al tráfico de drogas. Las personas en situación de calle explican que acumulan artículos de higiene durante la Navidad debido a las donaciones que reciben en esas fechas; sin embargo, las autoridades interpretan esta posesión como un indicio de que han robado dichos artículos de alguna tienda. Los expertos en violencia sexual explican que, debido al trauma, las víctimas relatan los hechos de manera no lineal, con pausas y expresiones vagas; sin embargo, las autoridades interpretan esta narración como una mentira.

Finalmente, la pregunta que debemos abordar es cómo enfrentar este tipo de injusticia hermenéutica probatoria³⁸. Una estrategia posible es convocar a expertos que puedan esclarecer a los juzgadores –jurados y jueces– sobre las experiencias de grupos oprimidos y marginados. Un mecanismo muy utilizado en el Poder Judicial estadounidense para corregir sesgos y prejuicios es la presentación de un tipo de prueba científica conocida como “evidencia de marco” (*framework evidence*) (Walker y Monahan, 1987; Vidmar y Schuller, 1989; Monahan, Walker y Mitchell, 2009)³⁹. Este tipo de prueba tiene como objetivo proporcionar información empírica general y abstracta sobre el comportamiento humano, extraída de investigaciones en ciencias humanas y sociales, que resulta relevante para la determinación de los hechos específicos del litigio. Estas evidencias suelen ser presentadas por expertos en calidad de *amicus curiae*, una figura que está cada vez más presente en los sistemas jurídicos iberoamericanos. No se trata de evidencia directa sobre el *factum probandum*, sino de un marco de referencia que permite contextualizar y analizar los hechos particulares de un caso.

Por ejemplo, en un caso donde se dispute el consentimiento de una víctima de violación, el experto no dirá si la víctima consintió o no en la relación sexual, pero sí ofrecerá información sobre los comportamientos característicos de mujeres que han sufrido violencia sexual. Este tipo de evidencia es fundamental cuando se busca que el juzgador reevalúe algunas de sus creencias basadas en experiencias personales, mitos y prejuicios, ayudando así a corregir la falta de inteligibilidad respecto a la relevancia y el valor de una prueba, lo que genera la injusticia hermenéutica probatoria⁴⁰.

Como se puede ver, la injusticia hermenéutica probatoria se diferencia de la injusticia hermenéutica normativa –tratada en el apartado anterior– en que no se origina en una falla conceptual en las fuentes del derecho positivo, sino en las máximas de experiencia o el conjunto de conocimientos que fundamenta las generalizaciones en las

³⁸ Sobre las distintas formas en que el derecho puede intervenir en las generalizaciones utilizadas y corregir los prejuicios que estas incorporan, véase Rovatti (2024).

³⁹ La evidencia de marco fue el tema de un memorial de *amicus curiae* presentado a la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso reciente *Díaz v. US* (2024), suscrito por John Monahan, David Faigman, Christopher Slobogin, Edward Imwinklereid, Jennifer Mnookin, Roger Park, Paul Rothstein y otros 15 profesores de derecho probatorio. Según sus autores: “La evidencia de marco y el razonamiento que impone son extremadamente comunes y útiles para determinaciones fácticas precisas. Esto es especialmente cierto en casos en los que los miembros del jurado pueden no estar familiarizados con un grupo y tener creencias inexactas sobre el comportamiento típico de sus miembros”.

⁴⁰ Véase Tuerkheimer (2023), Koshan (2023), Horan y Goodman-Delahunty (2020) y Cook (2019). Una variante del tema, que merece ser mencionada, es la deconstrucción del concepto de “*expertise*” y la aparición de la idea de “*expertise* basada en experiencias vividas”, especialmente en el ámbito del derecho penal. Las personas marginadas que enfrentan la violencia y el sistema de justicia penal pueden tener un conocimiento local y una experiencia única que las distingue (Levin, 2022).

que el juzgador basa sus inferencias probatorias empíricas. Es decir, las generalizaciones, que son empleadas para determinar la relevancia de una prueba y valorarla, a menudo se basan en experiencias que no reflejan la visión de mundo de los grupos oprimidos y marginados. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con la injusticia hermenéutica normativa, el juzgador no parece contar con herramientas para eliminar este tipo de injusticia epistémica. Aunque el juzgador, con la ayuda de expertos que lo orienten sobre las evidencias de marco, puede ajustar sus inferencias apoyándose en generalizaciones más inclusivas, esta corrección solo alcanzará a mitigar el problema en el caso concreto. Superar las injusticias hermenéuticas que afectan a las máximas de experiencia o al conjunto de conocimientos compartidos por una comunidad requiere transformaciones institucionales más profundas, que no pueden lograrse únicamente a través de decisiones judiciales.

5. CONCLUSIÓN

Este artículo analizó cómo las injusticias hermenéuticas se relacionan con el razonamiento judicial. Identifiqué un tipo normativo de injusticia hermenéutica, que ocurre cuando hay una laguna en los recursos del derecho positivo que dificulta a las personas marginadas comunicar sus experiencias a las autoridades judiciales. Existen dos tipos de injusticia hermenéutica normativa: la primera se da cuando hay una “laguna normativa” propiamente dicha, es decir, un vacío en los recursos jurídicos que impide categorizar una experiencia social marginada; la segunda ocurre cuando hay una “laguna axiológica”, donde una disposición normativa asigna un significado distorsionado a la experiencia social del grupo marginado. Luego, se identificó un tipo probatorio de injusticia hermenéutica, que afecta el sentido común, el conjunto de conocimientos o las máximas de experiencias que fundamentan las generalizaciones empleadas para determinar la relevancia y valorar un medio de prueba. Este tipo de injusticia hermenéutica probatoria se manifiesta en intentos de comunicación, lo que genera un déficit de inteligibilidad casi siempre seguido y precedido por un déficit de credibilidad, creando una relación en bucle.

Distinguir entre los tipos de injusticia hermenéutica —normativa y probatoria— es crucial tanto para una comprensión precisa del fenómeno y su impacto en el razonamiento judicial como para desarrollar estrategias para combatirlas. Aunque no se han explorado estas estrategias en detalle, se han hecho algunas observaciones relevantes. Si la injusticia hermenéutica se debe a una laguna en los recursos del derecho positivo, la respuesta deberá ser reactiva, ya que exige que los intérpretes

adopten medidas correctivas para integrar el derecho deficiente o tomar decisiones contra legem. La implementación de estas medidas puede enfrentar distintos grados de dificultad. Si implica apartarse de una ley que regula explícitamente de manera distorsionada una experiencia, la interpretación virtuosa del juez, orientada a corregir la injusticia hermenéutica, puede ser criticada y eventualmente revocada en instancias superiores. Sin embargo, esas medidas pueden ser también más efectivas en términos institucionales, ya que un juez en una corte superior que las aplique tiene el poder de eliminar la injusticia epistémica normativa. Por el contrario, si la injusticia hermenéutica se debe a un déficit de inteligibilidad en el sentido común, el conjunto de conocimientos o las máximas de experiencia del tomador de decisiones (juez o jurado), la respuesta deberá ser más proactiva, implementando medidas para evitar que esos prejuicios o estereotipos negativos influyan en la evaluación de la relevancia y el valor de una prueba. Estas medidas pueden ser relativamente fáciles de aplicar, como consultar a expertos que ofrezcan evidencias contextuales, pero suelen ser menos efectivas a nivel institucional.

Reconocer que el razonamiento judicial puede generar injusticias epistémicas introduce una perspectiva crítica en la teoría de la argumentación jurídica. Está cierto que el debate sobre cómo el poder social influye en la interpretación de las normas jurídicas y en la valoración de la relevancia y el peso de las pruebas no es nuevo en el derecho. Esta fue una de las principales preocupaciones del movimiento de los Estudios Jurídicos Críticos (Critical Legal Studies) a finales de los años setenta y principios de los ochenta. Sin embargo, este debate crítico se asoció en exceso con perspectivas que negaban la racionalidad y no ofrecían ningún proyecto más constructivo.

El enfoque de Fricker nos brinda la oportunidad de unir la agenda de investigación de la epistemología contemporánea, centrada en temas como la verdad y la justificación, con la de la filosofía crítica, que se enfoca en revelar las estructuras de poder subyacentes o encubiertas en nuestras prácticas epistémicas. Aplicar esta agenda crítica al contexto del razonamiento judicial no implica necesariamente negar la importancia de la racionalidad epistémica, sino cuestionar una visión abstracta del sujeto de conocimiento. Para desarrollar una teoría crítica en este campo, sin caer en las gastadas suposiciones de los enfoques deconstructivistas y posmodernos, lo más adecuado es recurrir a las ideas de la propia Fricker. El concepto de injusticia epistémica pretende revelar “la política de la práctica epistémica” (2007, p. 2), pero se distancia explícitamente del pensamiento posmoderno que reduce la razón a una simple operación de poder. Fricker insiste en mantener la distinción entre “lo que tenemos

razones para pensar y lo que las meras relaciones de poder están haciendo con nuestro pensamiento” (2007, p. 3).

REFERENCIAS

- Aguiló Regla, Josep. 2012. *Teoría general de las fuentes del derecho (y el orden jurídico)*. Barcelona: Planeta.
- Alchourrón, Carlos; Bulygin, Eugenio. 1971. *Normative Systems*. Viena: Springer.
- Anderson, Terence. 1999. On Generalizations I: a Preliminary Exploration. 40 *South Texas Law Review*. 455.
- Anderson, Terence; Schum, David; Twining, William. 2005. *Analysis of Evidence* (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Arcila-Valenzuela, Migdalia and Páez, Andrés. 2022. Testimonial Injustice: The Facts of the Matter. *Review of Philosophy and Psychology*.
- Arena, Federico José. 2022. *Estereotipos y hechos en el proceso. Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Bix, Brian. 1999. H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory. 52 *SMU L. Rev.* 167.
- Brownmiller, Susan. 1990. *In Our Time: Memoir of a Revolution*. Aurum Press.
- Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni. 2024. How many a contrario arguments? In Duarte d'Almeida et al.(ed). *Research Handbook on Legal Argumentation*. Edward Elgar Publishing.
- Chiassoni, Pierluigi. 2019. *Interpretation Without Truth: A Realistic Enquiry*. Springer.
- Coloma, Rodrigo; Rimoldi, Florencia. 2023. ¿Es útil el concepto de injusticia epistémica para los procedimientos penales? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 9(1). <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.789>
- Cook, Blanche Bong (2019). Stop Traffic: Using Expert Witnesses to Disrupt Intersectional Vulnerability In Sex Trafficking Prosecutions. *Berkeley Journal of Criminal Law*, 24. <https://doi.org/10.15779/Z38D795B35>
- Dahlman, Christian. 2017. Unacceptable Generalizations in Arguments on Legal Evidence. *Argumentation* 31:83–99. <https://doi.org/10.1007/s10503-016-9399-1>
- De Brasi, Leandro. 2023. Jueces e injusticias epistémicas: recomendaciones institucionales y la interdependencia de lo individual y lo estructural. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 9(1). <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.794>
- Dotson, Kristie. 2012. A Cautionary Tale: On Limiting Epistemic Oppression. *Frontiers: A Journal of Women Studies*, 33(1), 24-47. <https://doi.org/10.5250/fronjwomestud.33.1.0024>
- Dular, Nicole. 2023. One Too Many: Hermeneutical Excess as Hermeneutical Injustice. *Hypatia*, 38.2, pp. 423–38. 10.1017/hyp.2023.20
- Falbo, Arianna. Hermeneutical Injustice: Distortion and Conceptual Aptness. *Hypatia*, 37.2, 2022, pp. 343-63. <https://doi.org/10.1017/hyp.2022.4>.
- Ferrer Beltrán, J. 2007. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Fricker, M. 2007. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198237907.001.0001>
- Fricker, M. 2013. Epistemic Justice as a Condition of Political Freedom? *Synthese*, 190(7), 1317-1332. <https://doi.org/10.1007/s11229-012-0227-3>
- Fricker, M. 2016. Epistemic Injustice and the Preservation of Ignorance. En M. Blaauw & R. Peels (Eds.), *The Epistemic Dimensions of Ignorance* (pp. 160-177). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9780511820076.010>
- Fricker, M. 2017. Evolving Concepts of Epistemic Injustice. En I. J. Kidd, J. Medina and G. Pohlhaus, Jr. (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Routledge & CRC Press.
- Gonzales Rose, Jasmine. 2021. Race, Evidence, and Epistemic Injustice. In C. Dahlman, A. Stein y G. Tuzet (Eds.). *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Gonzalez Lagier, Daniel. 2013. Hechos y conceptos: sobre la relevancia de los conceptos para la prueba de los hechos. En *Questio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México: Fontamara.

- Guastini, Riccardo. 2014. *Interpretar y argumentar*. Traducción de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Herdy, Rachel y Castelliano, Carolina. 2023. ¿Existen injusticias hermenéuticas en el derecho?: Una lectura realista de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 9(1). <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.796>
- Herdy, Rachel. 2024. Testimonial Injustice in Evidential Reasoning: A Reply to Federico Picinali. *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n.º 7 (junio):153-72. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i7.23031.
- Hock Lai, Ho. 2012. *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*. Oxford University Press.
- Horan, Jacqueline; Goodman-Delahunty, Jane. 2020. Expert evidence to counteract jury misconceptions about consent in sexual assault cases: Failures and lessons learned. *University of New South Wales Law Journal*, 43(2), 707-737. <https://doi.org/10.3316/ielapa.238241189133797>
- Iturralde, Victoria. 1989. *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*. Madrid: Tecnos.
- Jenkins, Katharine. 2017. Rape Myths and Domestic Abuse Myths as Hermeneutical Injustices. *Journal of Applied Philosophy*, 34(2), 191-205. <https://doi.org/10.1111/japp.12174>
- Koshan, Jennifer. 2023. Challenging Myths and Stereotypes in Domestic Violence Cases. *Canadian Journal of Family Law*, 35, 33. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cajfl35&id=43&div=&collection=>
- Lackey, Jennifer. 2018. Credibility and the Distribution of Epistemic Goods. In K. McCain (Ed.), *Believing in Accordance with the Evidence: New Essays on Evidentialism* (pp. 145-168). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-95993-1_10
- Lackey, Jennifer. 2023. *Criminal Testimonial Injustice*. Oxford University Press.
- Lackey, Jennifer. 2022. Eyewitness Testimony and Epistemic Agency. *Noûs*, 56.3, pp. 696-715. doi:10.1111/nous.12380
- Lackey, Jennifer. 2020. False Confessions and Testimonial Injustice. *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 110(1), pp. 43-68. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol110/iss1/4>.
- Larroucau Torres, Jorge. 2022. El complemento entre la prueba tasada y la sana crítica en la justicia de familia chilena. *Ius et Praxis* [online]. 2022, vol.28, n.1, pp.195-215.
- Levin, Benjamin. 2022. Criminal Justice Expertise. *U of Colorado Law Legal Studies Research Paper* No. 22-2.
- MacCormick, Neil. 2015. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford University Press.
- Mason, Rebecca. 2011. Two Kinds of Unknowing. *Hypatia*, 26(2), 294-307. <https://www.jstor.org/stable/23016547>
- Matida, Janaina; Herdy, Rachel. 2019. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 73, jul./set. 2019.
- Medina, José. 2011. The Relevance of Credibility Excess in a Proportional View of Epistemic Injustice: Differential Epistemic Authority and the Social Imaginary. *Social Epistemology*, 25(1), 15-35. <https://doi.org/10.1080/02691728.2010.534568>
- Medina, José. 2012. Hermeneutical Injustice and Polyphonic Contextualism: Social Silences and Shared Hermeneutical Responsibilities. *Social Epistemology*, 26(2), 201-220. <https://doi.org/10.1080/02691728.2011.652214>
- Medina, José. 2013. *The Epistemology of Resistance: Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice, and Resistant Imaginations*. Oxford University Press.
- Medina, José. 2021. Agential Epistemic Injustice and Collective Epistemic Resistance in the Criminal Justice System. *Social Epistemology*, 35(2), 185-196. <https://doi.org/10.1080/02691728.2020.1839594>
- Mercier, Hugo. 2020. *Not Born Yesterday: The Science of Who We Trust and What We Believe*. Princeton University Press.
- Miller, Channel. 2019. *Know My Name: A Memoir*. Viking.
- Monahan, John; Walker, Laurens; Mitchell, Gregory. 2009. The Limits of Social Framework Evidence. *Law, Probability and Risk*, 8(4), 307-321. <https://doi.org/10.1093/lpr/mgp020>
- Owusu-Bempah, A. (2022). The Irrelevance of Rap. *Criminal Law Review*, 2, 130-151.

- <https://doi.org/10.3316/agispt.20220131061222>
- Owusu-Bempah, Picinali, F. (2024). Evidential reasoning, testimonial injustice and the fairness of the criminal trial. *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 6, Article 6. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i6.22888
- Páez, Andrés; Matida, Janaina. 2023. Epistemic injustice in criminal procedure. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 9 (1):11-38.
- Picinali, Federico. 2024. Evidential Reasoning, Testimonial Injustice and the Fairness of the Criminal Trial. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, 6, 201-235. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i6.22888
- Pohlhaus, Jr., Gaile. 2012. Relational Knowing and Epistemic Injustice: Toward a Theory of Willful Hermeneutical Ignorance. *Hypatia*, 27(4), 715-735. <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2011.01222.x>
- Rovatti, Pablo. 2024. Sobre la supuesta «pureza epistemológica» de la valoración de la prueba: a propósito de una tesis de Jordi Ferrer Beltrán *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 467-498. <https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.1>
- Schauer, Frederick. 2006. *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press.
- Schum, David. 1994. *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. Evanston: Northwestern University Press.
- Shecaira, Fábio Perin. 2024. *Legal Scholarship as a Source of Law*. Springer-Verlag.
- Simion, Mona. 2019. Hermeneutical injustice as basing failure. En Carter, J. A. and Bondy, P. (eds.) *Well Founded Belief: New Essays on the Epistemic Basing Relation*. Routledge.
- Taruffo, Michele. 2003. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta.
- Tuerkheimer, Deborah. 2023. Victim, Reconstructed: Sex Crimes Experts and the New Rape Paradigm (*SSRN Scholarly Paper* 4591233). <https://doi.org/10.2139/ssrn.4591233>
- Vidmar, N. J., & Schuller, R. A. 1989. *Juries and Expert Evidence: Social Framework Testimony. Law and Contemporary Problems*, 52(4), 133-176. <https://doi.org/10.2307/1191909>
- Walker, Laurens; Monahan, John. 1987. Social Frameworks: A New Use of Social Science in Law. *Virginia Law Review*, 73, 559-598. <https://doi.org/10.2307/1072923>
- Wróblewski, Jerzy. 1992. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer.

AGRADECIMIENTOS: Agradezco al revisor anónimo por sus comentarios y sugerencias, que contribuyeron a mejorar la versión final de este trabajo. Asimismo, agradezco a los participantes de las IV Jornadas Nacionales de Derecho Probatorio, realizadas los días 22 y 23 de agosto de 2024 en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, y de las Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho, llevadas a cabo los días 14 y 15 de noviembre de 2024 en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y en la Universidad de Valparaíso, espacios en los que fueron presentadas las ideas iniciales de este trabajo.

RACHEL HERDY: Rachel Herdy es Profesora Asociada en la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile) y doctora en Sociología por la Universidad del Estado de Río de Janeiro, con maestría y licenciatura en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro. Fue profesora asociada en la Facultad Nacional de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro (2011–2022), y realizó investigación posdoctoral en el Instituto de Filosofía de la Universidade Nova de Lisboa (2016-2017). Sus principales áreas de interés incluyen el razonamiento probatorio en general, los estudios sobre expertise y prueba técnico-científica, así como los fenómenos de injusticia epistémica en contextos judiciales.