

NOTAS SOBRE EL TESTIMONIO ÚNICO EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Federico José Arena
Investigador Adjunto CONICET (CIJS-UNC)
Universidad Blas Pascal
fjarena@conicet.gov.ar

RESUMEN: Se realizan tres comentarios principales sobre el texto de Ramírez Ortiz «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género». En primer lugar, se propone concebir en dos sentidos las exigencias de la perspectiva de género respecto del testimonio único, a saber, como propuesta normativa y como propuesta epistémica. Esta distinción, se alega, tiene incidencia respecto de cómo esa exigencia repercute en el principio de inocencia. En segundo lugar, se indican algunas distinciones para afrontar en más detalle las dificultades que, para la consideración del testimonio de la víctima, generan los estereotipos. Por último, se introduce un argumento acerca de las consecuencias más generales que los sesgos implícitos poseen para la evaluación del testimonio en general.

PALABRAS CLAVE: testimonio único; generalizaciones; estereotipos; sesgos implícitos.

REMARKS ON SINGLE TESTIMONY IN CASES REGARDING GENDER'S VIOLENCE

ABSTRACT: Three main comments are made on the text of Ramírez Ortiz «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género». In the first place, it is proposed to conceive of the demands of gender's perspective with respect to single testimony in two senses. On the one hand, as a normative proposal, on the other hand, as an epistemic proposal. This distinction has an impact on how that requirement affects the principle of innocence. Second, it introduces some distinctions in order to address in more detail the problems stemming from ste-

reotypes regarding the assessment of victim's testimony. Finally, an argument is introduced about the more general consequences that implicit biases have for the evaluation of testimony in general.

KEYWORDS: single testimony; generalizations; stereotypes; implicit bias.

En el trabajo que aquí se comenta, Ramírez Ortiz define con precisión el punto central que le interesa analizar, a saber, qué rendimiento tiene la perspectiva de género respecto de la evaluación del testimonio único de la víctima, como elemento probatorio en el proceso penal. Según el autor, la perspectiva de género exige evaluar el testimonio «eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples máximas de experiencia machistas». Desde este punto de vista, la perspectiva de género buscaría evitar que ciertos estereotipos, prejuicios y otras formas espurias de categorizar a las personas se cuelen, bajo el ropaje de máximas de experiencia, en la valoración de la prueba. Sin embargo, el siguiente párrafo sirve para resumir la conclusión principal a la que llega Ramírez Ortiz: «la perspectiva de género no permitiría eludir o vadear los problemas epistemológicos y procesales que en el enjuiciamiento plantea el testimonio no corroborado, pues una valoración del testimonio no estereotipada, a lo sumo, permitiría afirmar, en perspectiva interna, la coherencia del relato de la víctima, pero no su fiabilidad, que seguiría precisando de datos objetivos externos verificables». Ciertamente, el texto aborda, con erudición y detalle, varios puntos adicionales que no serán aquí mencionados.

Para apoyar sus afirmaciones, el autor repasa con atención la evolución histórica de ese tipo de elemento probatorio, presentando cómo las modificaciones en los fines del proceso, en las garantías del imputado y en la búsqueda de la verdad incidieron en el tratamiento que el proceso judicial le dio al testimonio único. El punto de referencia que utiliza Ramírez Ortiz para llevar a cabo su indagación, y que intima al lector a no perder de vista, es que el derecho penal tiene como función central limitar el poder punitivo del estado. No reconstruiré en detalle todo el recorrido, puesto que el texto forma parte del mismo número de la revista en que estas notas serán publicadas. Me limitaré a enunciar brevemente cuáles creo son las tesis centrales y cuáles los argumentos a discutir.

En la primera parte de su trabajo, Ramírez Ortiz se dedica a dismantelar la afirmación según la cual la prohibición de apoyar la condena en un único testimonio es un resabio de la irracionalidad probatoria que el proceso judicial tuvo en el pasado, caracterizado por reglas de prueba tasada¹. La concepción ilustrada del proceso probatorio, si bien exige, por un lado, abandonar esas reglas contraepistémicas, exige, por otro lado, identificar y aplicar aquellas reglas «funcionales para la prevención del error y el abuso». Las observaciones de Ramírez Ortiz buscan mostrar que existen

¹ El autor se preocupa por señalar que cuando habla de «irracionalidad» se refiere a la dimensión epistémica, lo cual no implica que, bajo otras dimensiones, la decisión pueda ser racional, en el sentido de racionalidad instrumental que Ramírez Ortiz identifica en el mantenimiento de ciertos valores y orden social a través del proceso judicial, más allá de la verdad.

razones epistémicas atendibles para dudar de la potencialidad probatoria del testimonio único. En este sentido, nuestro autor reconoce que el triple test basado en la «ausencia de incredibilidad», la «verosimilitud» y la «persistencia en la incriminación» constituye un avance, pero lamenta que el segundo de los requisitos se haya instalado simplemente como un control de la coherencia interna del testimonio y no se haya mantenido la exigencia de corroboración periférica tal como había sido introducido originalmente. Ello en cuanto, incluso si se dan los tres requisitos, el testimonio puede todavía ser falso. Es por ello que propone distinguir entre «credibilidad subjetiva» y «fiabilidad externa» del testimonio. Lo primero se refiere a que el testigo no mienta, lo segundo a que lo que diga sea verdadero. La fiabilidad depende así «del grado de compatibilidad de dicha información con el resultado que arrojan el resto de las pruebas que integran el cuadro probatorio plenario y las demás circunstancias contextuales que han quedado acreditadas»². Dado que no encuentra en el derecho español (ni es los textos normativos ni en la jurisprudencia) una teoría bien ordenada de la corroboración, Ramírez Ortiz defiende una versión débil de la corroboración, apoyada en la propuesta definicional de Andrés Ibáñez. Según este último autor, citado por Ramírez Ortiz, «corroborar es reforzar el valor probatorio de la afirmación de un testigo relativa al hecho principal de la causa, mediante la aportación de datos de una fuente distinta, referidos no directamente al hecho principal, sino a alguna circunstancia que guarda relación con él, cuya constatación confirmaría la veracidad de lo declarado por el testigo»³.

Luego Ramírez Ortiz analiza un conjunto de argumentos que, sobre la base de exigir la introducción de la perspectiva de género en la evaluación del testimonio único de la mujer víctima de un delito de violencia de género, defienden que ese elemento de prueba es suficiente para condenar. En general las respuestas y críticas de Ramírez Ortiz a tales argumentos pueden resumirse en las cuatro afirmaciones siguientes. Primero, las tasas de error en la credibilidad y fiabilidad del testimonio único impiden poder considerarlo suficiente para tener por probado el hecho más allá de toda duda razonable. Segundo, implicaría una violación del principio de inocencia, al que concibe como un derecho humano «absoluto». La presunción de inocencia se desdobra en una regla probatoria (existencia de elementos de cargo suficientes) y en un estándar probatorio (indica cuándo tener por acreditada la hipótesis probatoria). Cualquier «flexibilización» de ese estándar no constituye una graduación, sino un abandono del principio de inocencia. Tercero, sin corroboración, las sentencias no son subjetivamente controlables. Es decir, quedaríamos atados a la apreciación subjetiva del juez. Cuarto, la regla de testimonio único volvería más perezosos a los investigadores penales y, en consecuencia, llevaría a reducir el calibre de la evidencia producida dentro del proceso. Por el contrario, exigir la corroboración del testimonio tendría efectos beneficiosos para la investigación penal. Incentivaría a los investigadores a obtener mayores elementos probatorios que en buena parte de los casos están

² Cita de la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona de 13.6.17.

³ ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009: 124 y ss.

disponibles, pero que una regla general que permita apoyar la condena en el testimonio único de la víctima no exigiría recabar.

No es sencillo polemizar con el artículo de Ramírez Ortiz, por dos razones. Primero, porque dada mi desconfianza general en el derecho penal como medio de solución de problemas sociales de gran envergadura, como la violencia de género, y en la pena como solución a la violencia en un caso particular, tengo dudas acerca de la existencia de razones para promover un mayor número de condenas. Creo, en cambio, que la preocupación principal del Estado, y del sistema jurídico en particular, debería ser la protección de la víctima de violencia de género, disponiendo medidas asistenciales y de defensa frente a posibles ataques futuros, más allá del desarrollo y finalización del proceso penal. Punto, este último, con el que parece acordar Ramírez Ortiz. Segundo, porque si bien inicialmente sus tesis pueden parecer, en virtud de su redacción y de las oponentes que elige, como planteando una controversia frente a las exigencias de la perspectiva de género, una vez terminado el artículo se tiene la sensación que la polémica es menor de la que inicialmente parecía poder producirse⁴. En efecto, las tesis sostenidas en última instancia por Ramírez Ortiz no son tan diferentes de las que parecerían aceptar quienes defienden los argumentos a favor de asumir la perspectiva de género en la consideración del testimonio único de la víctima. Ello en cuanto estas autoras, al menos en varios de sus textos, no parecen defender la tesis según la cual la perspectiva de género exige considerar al testimonio único de la víctima, no corroborado, como prueba suficiente para condenar al acusado de un delito de violencia de género, sino que pretenden defender la necesidad de dar un especial tratamiento a esa prueba. Al menos esto es lo que entiendo defiende, por ejemplo, en uno de sus artículos Di Corleto, donde incluso la sentencia de un tribunal del sur de Argentina, que esta autora cita en nota núm. 35 como apartándose de la regla la regla «testis unus, testis nullus», es una sentencia donde el testimonio estaba corroborado por pericias ginecológicas y psicológicas⁵. Es más, dada la concepción débil de las circunstancias corroborantes defendida por Ramírez Ortiz, buena parte de los ejemplos de sentencias en las que se ha condenado sobre la base del testimonio único de la víctima, son ejemplos de testimonios corroborados y solo en pocas ocasiones se trata de testimonios como evidencia única⁶.

⁴ Dice Ramírez Ortiz: «Difícilmente puede discreparse de lo asertos: a) En los delitos sexuales, el testimonio de la víctima debe ser considerada una prueba fundamental; b) Dicha prueba ha de valorarse en conjunto con el resto de pruebas; c) La falta de evidencia clínica de la agresión sexual no denota necesariamente la inveracidad del testimonio. Pero, del mismo modo, de ellos no se deduce la necesidad de rebajar el estándar probatorio. Es posible, por tanto, que lo que este tipo de protocolos y guías pretendan sea tan solo concienciar a aplicadores poco sensibles sobre la necesidad de valorar sin prejuicios los testimonios de quienes afirman ser víctimas de violencia de género y, especialmente, sexual».

⁵ Véase DI CORLETO, 2015: 10. Es de todos modos cierto que existe jurisprudencia donde se apoyó la condena únicamente en un testimonio de la víctima, pero suele señalarse la característica excepcional de ese tipo de cuadro probatorio. Véase, al respecto, la «Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres», del Ministerio Público Fiscal de la Argentina 2016: <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/11/UFEM-Guía-de-actuación-en-casos-de-violencia-doméstica-contra-las-mujeres.pdf>.

⁶ Véase, al respecto, la lista de sentencias señaladas en la nota 68 de la «Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres», del Ministerio Público Fiscal de la Argentina 2016: <https://>

Esto no quiere decir que el acuerdo sea completo, pues más allá de lo que estrictamente busquen probar los argumentos de las defensoras de la perspectiva de género, Ramírez Ortiz analiza varios de ellos en detalle y, en buena parte de los casos, muestra sus limitaciones. Pero, una vez que llegamos al final del artículo, resulta que las exigencias que, según Ramírez Ortiz, deben cumplirse para considerar al testimonio único de la víctima como prueba de cargo, resultan lo suficientemente mínimas como para otorgarle a ese medio de prueba el papel central en la acusación, tal como también busca hacerlo la perspectiva de género. En definitiva, creo que buena parte de la controversia podría resolverse si se introduce la distinción entre testimonio único y evidencia única. Es decir, si el cuadro probatorio está conformado por un testimonio único de la víctima más prueba que permita la corroboración débil o si el cuadro probatorio está conformado únicamente por un testimonio (y, por lo tanto, no corroborado por otro elemento de prueba y, a lo sumo, acompañado de pruebas de credibilidad). Mientras las exigencias de la perspectiva de género y Ramírez Ortiz parecen estar de acuerdo en que, en el primer caso, el cuadro probatorio sería suficiente, *ceteris paribus*, para fundar una condena, desacordarían respecto del segundo caso, donde la perspectiva de género exigiría la condena, mientras que Ramírez Ortiz la rechazaría. Dado el primer acuerdo, creo que buena parte de la batalla de la perspectiva de género habría sido ganada, pues los prejuicios y estereotipos de género han con frecuencia impedido advertir el importe epistémico del testimonio único corroborado. Por otro lado, cabe todavía reducir el desacuerdo al punto que, según parece, la condena con testimonio como única evidencia se trataría de un caso excepcional incluso para la perspectiva de género. Allí, la exigencia de condena estaría asociada a que, por lo general, tal orfandad probatoria es el producto de una investigación sesgada y/o estereotipada o, incluso, ineficiente.

Me parece entonces que el punto de controversia no está tanto en las tesis generales defendidas, sino en los casos periféricos y en algunos de los argumentos a favor de esas tesis generales. Al respecto, intentaré decir algo que pueda, espero, resultar de interés al lector. En primer lugar, me referiré a la posibilidad de entender a la perspectiva de género de dos modos diferentes, como una exigencia normativa (contraepistémica), que exige privilegiar otros fines, distintos de la búsqueda de la verdad, o como una exigencia epistémica, que exige tener por verdadera una creencia apoyada en el testimonio de la víctima. Mi intención no es tanto defender ambas interpretaciones, sino precisar el tipo de argumento necesario para, en su caso, discutir las. En segundo lugar, me referiré brevemente, a un punto más específico, a saber, la influencia de los estereotipos en la etapa tanto investigativa como de juicio o decisoria, proponiendo algunas distinciones adicionales. Y en tercer lugar, y por último, introduciré un interrogante que surge de entender a las exigencias de la perspectiva de género no ya como un desafío local a los modos en que hasta hora se valoraba el testimonio único de la víctima dentro del derecho penal, sino como un desafío global a la epistemología del testimonio.

www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/11/UFEM-Guía-de-actuación-en-casos-de-violencia-doméstica-contra-las-mujeres.pdf

Entendida como una exigencia contra epistémica, la perspectiva de género constituiría una forma más de limitación normativa a la búsqueda de la verdad, basada en argumentos acerca de lo que es valioso hacer con el sistema penal. En este sentido, y asumiendo que una de las finalidades del proceso penal sea la búsqueda de la verdad, la perspectiva de género no pretendería que adoptando sus exigencias se obtendrá de manera más eficiente, o mejor en algún sentido, el fin que la práctica poseía antes de asumir tal perspectiva. Lo que sostiene ese punto de vista es que, a fin de cambiar la historia de discriminación en perjuicio de las mujeres es necesario, en algunos casos, estar dispuesto a sacrificar esas finalidades. Para entender quizás sea útil un ejemplo bastante conocido, a saber, el de la Escuela militar de Virginia, en Estados Unidos. En esa Escuela solo se admitían hombres sobre la base de la generalización según la cual los hombres estaban mejor preparados que las mujeres para sobrellevar el método confrontativo de la institución. De ese modo, se alegaba, se formaban egresados con altas capacidades y gran desempeño profesional; la admisión de mujeres reduciría, en cambio, la calidad de los egresados. En el caso judicial se aceptaron estas afirmaciones (*i.e.*, no se puso en juego la generalización, ni las finalidades de la institución), pero de todos modos se exigió admitir a la mujer que solicitaba su ingreso, en cuanto mostraba poseer las cualidades necesarias para enfrentar el método de la institución. Un modo diferente de justificar esta exigencia, desde la perspectiva de género, sería el siguiente: para evitar la perpetuación de una situación de desventaja, e incluso si ello implica resignar en cierta medida la calidad de los futuros egresados –asumiendo que sea cierto estadísticamente que los hombres estén mejor preparados para afrontar el método «confrontativo»–, es mejor permitir en general (y no ya individualmente) el ingreso de mujeres a la escuela. Ello en cuanto la distinción entre hombres y mujeres ha sido usada, por lo general, para discriminar en perjuicio de estas últimas⁷.

Un argumento respecto de la valoración de la prueba con esta estructura no sería nuevo en el derecho penal, ni ciertamente en el proceso jurídico en general. Podría decirse que, en general, las reglas probatorias tienen finalidades epistémicas y que a veces, mediante reglas contraepistémicas, resignamos esa posibilidad, tanto en sentido positivo como negativo (reglas acerca de, por ejemplo, los tiempos en el proceso, las prohibiciones o permisos para no declarar, etc.). Independientemente de cuál reconstrucción se prefiera, las exigencias de la perspectiva de género constituirían una regla contra epistémica que indica que es más valioso considerar como verdadera la creencia fundada en el testimonio único de la víctima, aun cuando ello pueda aumentar la posibilidad de condenar a un inocente. La fundamentación de esta exigencia estaría en la necesidad de contrarrestar la historia de discriminación sufrida por las mujeres que ha llevado a una tendencia contraria, es decir, a no creer en su testimonio y, en consecuencia, a la absolución de los culpables.

Más allá de las bondades de este argumento (que, al menos respecto de la tesis histórica me parece correcto)⁸, lo que quisiera precisar aquí es que no tiene ninguna

⁷ Véase SCHAUER, 2003: Cap. VI para un análisis del caso.

⁸ Para datos, véase ASENSIO et al., 2010.

diferencia categórica con la defensa del principio de inocencia tal como lo presenta Ramírez Ortiz, a pesar de que lo llame «derecho absoluto». Es decir, la defensa del principio de inocencia en el derecho penal es del mismo tipo que la defensa que la perspectiva de género hace de sus exigencias, por lo que no habría una diferencia categórica entre respetar un derecho (principio de inocencia «absoluto») y desbaratarlo (supuesta consecuencia de la perspectiva de género). Es decir, así como las exigencias de la perspectiva de género se traducen en un compromiso entre verdad y lucha contra la discriminación en perjuicio de las víctimas, también el supuestamente «absoluto» principio de inocencia se traduce, en realidad, en un compromiso entre verdad y certeza, a través del estándar de más allá de toda duda razonable.

En conclusión, lo que estoy intentando señalar es que la crítica a la versión contra-epistémica de las exigencias de la perspectiva de género requiere una discusión en el mismo terreno de juego y no una respuesta que precluya tal discusión alegando el carácter «absoluto» del principio de inocencia, pues si por absoluto se entiende que solo se condena si y solo si la persona es culpable, entonces el estándar de más allá de toda duda razonable tampoco instancia ese principio.

Entendida en sentido epistémico, la perspectiva de género no exigiría un cambio o relajamiento del estándar «más allá de toda duda razonable», ni tampoco privilegiar una finalidad (ponerle fin a la discriminación contra la mujer) a expensas, en algunos casos, de la búsqueda de la verdad, sino que por el contrario propone una modificación en las condiciones para considerar satisfecho ese estándar. Así como modificar el criterio para determinar la posición adelantada de un jugador en la cancha de fútbol, pasando de la banderilla levantada de la jueza de línea, al enunciado del observador del VAR, no implica un cambio en la regla. Del mismo modo, sostener que dadas las condiciones de ejecución de los delitos de violencia de género (su contexto, la historia de discriminación social, los prejuicios que han solido afectar la evaluación de tales testimonios, etc.) es suficiente el testimonio de la víctima, no implica cambiar la regla de duda razonable, sino afirmar que la duda razonable queda descartada cuando contamos con el testimonio de la víctima. ¿Es esto irracional? Pues un buen modo de contestar a esa pregunta sería determinar si se parece a otros fenómenos epistémicos que consideramos racionales. En este sentido, no son infrecuentes los casos en que basta con el testimonio de una única persona para considerar como verdadera una creencia: la palabra de un único oficial de policía, o la palabra del secretario de juzgado para tener por producidos ciertos actos, etc. Es cierto, en estos casos no se trata de un testimonio anónimo, sino del testimonio de una persona cuyos rasgos son determinantes para considerar creíble y fiable su testimonio, *i.e.*, su cargo como funcionario público. Bueno, pues la misma razón se alega para considerar confiable y fiable el testimonio de una única mujer, a saber, alegar ser víctima de violencia doméstica⁹. En este sentido, las exigencias de la perspectiva, en términos epistémicos, han de ser entendidas contextualmente, como generalizaciones empíricas. De nuevo, así entendidas no tendrían ninguna diferencia con el resto de las generalizaciones

⁹ Para un análisis de la analogía, véase BOUVIER Y RIMOLDI, 2017.

acerca de pruebas que permiten tener por corroborado en sentido débil el testimonio. Se trataría, entonces de una cuestión estadística, saber si efectivamente es posible defender este modo de dar por satisfecho el estándar de prueba. Y, ciertamente, en cuanto generalizaciones, la existencia de contraejemplos no alcanza para desvirtuarlas pues por definición las generalizaciones son sobre y subincluyentes.

De nuevo, en esta versión epistémica, la diferencia entre las exigencias de la perspectiva de género y la defensa del principio de inocencia, tal como lo presenta Ramírez Ortiz, tampoco es categórica. En efecto, el estándar «más allá de toda duda razonable», que supuestamente instancia el principio de inocencia, admite falsos positivos, pero lo hace bajo la esperanza de que las reglas epistémicas impuestas al derecho penal sean de buena calidad, *i.e.* estén fundadas en la experiencia epistémica acumulada por el saber jurídico y científico, y que por lo tanto produzcan el mayor número posible de aciertos. El estándar está, en definitiva, apoyado en una generalización: es muy probable que, si seguimos estas reglas epistémicas, el condenado coincida con el culpable.

Respecto de la incidencia de estereotipos en la evaluación del testimonio de la víctima, Ramírez Ortiz sostiene que no debe sobrevalorarse la contribución epistémica de la perspectiva de género. Pues si bien los estereotipos pueden producir sesgos que inciden en el modo en que el juez valora el testimonio de la víctima, tales estereotipos y/o sesgos pueden estar de todos modos basados en máximas de la experiencia (generalizaciones o cuasigeneralizaciones) válidas, a veces con base científica, y que, por lo tanto, permiten construir una inferencia de tipo deductivo. Aquí se echa en falta la ausencia de algún ejemplo, como para poder advertir con precisión qué tipos de enunciados Ramírez Ortiz considera generalizaciones o cuasi generalizaciones válidas. De todos modos, Ramírez Ortiz acepta que existen otras supuestas máximas de experiencia que en realidad son falsas, en cuanto carecen de fundamento científico y que no expresan conocimiento sino prejuicios de género. Sin embargo, señala que la perspectiva de género, aun cuando permite desactivar estas falsas máximas, no puede erigirse a su vez como una nueva máxima universal o cuasiuniversal, sino que ha de otorgárseles su verdadero valor, que parecería ser, según nuestro autor, el de una generalización. Por último, Ramírez Ortiz acepta que la perspectiva de género tiene un valor en cuanto «facilita una apreciación sin prejuicios de género de la prueba, posibilitando que la evaluación de la conducta humana se adecue al contexto económico y sociopolítico concreto (lo que vincula esta perspectiva a la perspectiva de clase social, muy descuidada) y a las circunstancias particulares de cada sujeto interviniente, como víctima o victimario, en el hecho penalmente relevante».

En este punto me parece que sería útiles algunas distinciones y consideraciones valorativas¹⁰. Creo que las exigencias de la perspectiva de género respecto de los estereotipos pueden ser mejor entendida si se advierte, tal como señala el mismo Ramírez Ortiz y como, creo, advierten las mismas defensoras de esas perspectivas, que los estereotipos suelen ser usados en dos sentidos diferentes. En algunos casos,

¹⁰ Distinciones sobre las que he intentado avanzar en ARENA, 2019.

los estereotipos poseen pretensiones descriptivas y funcionan como generalizaciones acerca de los rasgos de un grupo de personas. Por ejemplo, «las mujeres son pasivas sexualmente y, por tanto, están siempre dispuestas a aceptar las proposiciones de los hombres». La lucha contra los estereotipos bajo este traje supuestamente descriptivo se desenvuelve en dos niveles diferentes. Primero, una exigencia de que, si se van a tomar decisiones acerca de un grupo o de uno de sus miembros sobre la base de generalizaciones, que tales generalizaciones cuenten con apoyo empírico, es decir, apoyo estadístico. Es decir, se exige que se trate al grupo según sus propias características reales. Segundo, que tratándose de decisiones que perjudiquen a un miembro de grupos vulnerables (como el de las mujeres), que se privilegie la consideración de los rasgos individuales de esa persona frente a posibles generalizaciones (incluso si poseen base estadística). Es decir, que se procure tener en cuenta las circunstancias particulares de cada persona; pero, además, quien desee aprovechar en ese sentido una generalización acerca de las mujeres, corre con la carga de ofrecer la evidencia empírica que apoye la generalización. En ambos niveles, un paso primordial es advertir que se trata de un estereotipo con pretensiones descriptivas y que, por lo tanto, sino posee base empírica resulta insostenible y debe ser descartado. Ello es importante porque quienes estereotipan suelen concebir a tales enunciados como necesarios o conceptuales. Es decir, suelen considerarlos como dados e inmunes a la existencia de evidencia empírica en contrario.

A su vez, los estereotipos suelen ser también usados con una pretensión normativa, es decir, pretenden, a veces, imponer ciertos roles a los miembros de un grupo determinado. Por ejemplo, «las mujeres deben resistirse activa y físicamente a las agresiones sexuales». No podemos aquí avanzar demasiado en el análisis de estos estereotipos y de su aceptabilidad en el proceso probatorio, pero vale la pena indicar que, en general y más allá de las exigencias de la perspectiva de género, para que tengan fuerza como elementos de prueba *—i.e.* para que permitan asumir que una persona se adecúa al rol— es necesario que esos estereotipos reflejen normas sociales. Es decir, en ausencia de otra información, la probabilidad de que la acción en correspondencia con la norma se produzca depende de que se trate de un estereotipo aceptado no solo por la comunidad a la que pertenece la persona al cual se atribuye haber seguido o no el estereotipo, sino también por la persona misma. De otro modo, si no se tratara de una norma social, para cuya existencia es necesaria la regularidad de comportamiento por parte del grupo relevante, no habría mayores elementos para sostener la expectativa acerca del comportamiento del sujeto en cuestión. Es decir, los jueces deberían probar que el estereotipo normativo usado para comprender el comportamiento de la mujer, es una norma social en la comunidad a la que ella pertenece y que además la acepta. De otro modo, el juicio probatorio se apoyaría sobre la expectativa de que la mujer se conforma a una norma inexistente o externa a su grupo social o que no acepta. Así, si es cierto que en determinada comunidad existe una norma social según la cual los miembros de la comunidad deben hacer *p*, el juez puede recurrir a la existencia de esa norma para tener como probable el hecho que un miembro determinado de esa comunidad, que acepta la norma, ha hecho *p*. Si el estereotipo al que apelan los jueces no es una norma social dentro de la comunidad a la que pertenece

la testigo (o si los jueces no hacen ningún esfuerzo por demostrarlo), entonces el enunciado deja de ser probatorio y se transforma en lisa y llana crítica ideológica a su comportamiento¹¹.

Por último, quisiera referirme a un problema epistémico ulterior que plantea, no ya la perspectiva de género en el proceso penal, sino la perspectiva de género respecto de nuestra forma de adquirir conocimiento y, en especial, de nuestra forma de adquirir conocimiento a través del testimonio. Me refiero al argumento según el cual la demostración de la incidencia de sesgos implícitos en nuestro razonamiento, que no advertimos ni controlamos, pero que influyen en nuestro modo de percibir y reaccionar frente a ciertas categorías de personas, implica inevitablemente una conclusión escéptica general acerca de la validez de nuestro conocimiento¹². Ello en cuanto, a pesar de la desconfianza que, frente a datos científicos o empíricos, el testimonio genera en Ramírez Ortiz, buena parte del conocimiento científico mismo se apoya en el testimonio. Este argumento ha sido formulado, entre otros, por Jennifer Saul¹³ y en cierto sentido se produciría una convergencia algo paradójica entre las exigencias de la perspectiva de género y la sospecha sobre el testimonio único de Ramírez Ortiz. Simplemente quiero introducir este punto, pues me parece relevante que empiece a ser considerado en la discusión sobre prueba en el proceso judicial, aunque no estoy en condiciones, por espacio y por capacidades, de extraer sus consecuencias en este mismo texto.

Saul sostiene que la evidencia empírica, acerca de la existencia de sesgos en el modo en que percibimos a los demás, pone en jaque una buena porción de la empresa científica. Gran parte de las afirmaciones científicas se apoyan en el testimonio, ya que la gran mayoría de los enunciados que consideramos verdaderos y justificados se apoyan en el trabajo y las afirmaciones de otras personas. Las investigaciones sobre sesgos implícitos, sostiene Saul, muestran que tenemos razones para dudar de nuestras facultades destinadas a la búsqueda del conocimiento y ello es así puesto que los sesgos implícitos inciden de manera inconsciente en el modo en que percibimos y clasificamos a las personas. Dado que el conocimiento basado en el testimonio proviene de otras personas, los sesgos influyen también en el modo en que percibimos y clasificamos a las personas a partir de las cuales construimos nuestro conocimiento. En consecuencia, existe un alto riesgo de que los enunciados que creemos apoyados en evidencia (testimonial) se encuentren afectados por estos sesgos y, por lo tanto,

¹¹ Ciertamente, los estereotipos normativos pueden ser opresivos y, en este caso, su uso en el razonamiento probatorio está sujeto a que ese efecto pueda ser evitado. He abordado los problemas que suscita esta clase de estereotipos en ARENA, 2016.

¹² Desde hace unos años ha surgido una preocupación respecto de formas de discriminación producidas por creencias y/o actitudes que, de manera inadvertida para sus portadores, inciden sobre el modo en que clasifican a los demás y reaccionan frente a ellos. En efecto, un cúmulo considerable de trabajos en el campo de las ciencias cognitivas parecen apoyar la tesis según la cual es bastante común que las personas atribuyan, sin advertirlo ni controlarlo, determinados rasgos a los miembros de ciertos grupos y asuman, también sin advertirlo, determinadas actitudes frente a esos grupos y sus miembros. Para una primera aproximación al concepto de sesgo implícito, véase HOLROYD et al, 2017.

¹³ SAUL, 2013.

no podemos estar seguros (*i.e.*, tenemos buenas razones para dudar) de que efectivamente conozcamos su valor de verdad¹⁴. De acuerdo con Saul, gran parte de nuestro conocimiento lo hemos obtenido de esta manera. Como conclusión deberíamos dudar de un gran número de los enunciados que actualmente consideramos verdaderos y justificados.

Saul sostiene que la forma de escepticismo epistémico que defiende es distinta de otras formas tradicionales o más conocidas del mismo tipo de escepticismo como, por ejemplo, la tesis según la cual no tenemos evidencia que permita descartar la hipótesis de que no somos más que cerebros en un balde. Saul señala que mientras el escepticismo tradicional solo nos confiere razones para *dudar* de la verdad de todos nuestros enunciados sobre el mundo externo, el escepticismo producto de los sesgos implícitos nos ofrece buenas razones para *creer* que no podemos confiar en nuestras capacidades epistémicas. En segundo lugar, mientras el escepticismo del cerebro en el balde ofrece razones para dudar que *todos* nuestros enunciados acerca del mundo exterior son falsos, el escepticismo de los sesgos implícitos alcanza solo un subconjunto de tales enunciados, *i.e.*, los que involucran el testimonio como fuente de conocimiento. Tercero, mientras que los efectos pragmáticos del escepticismo tradicional se agotan una vez que nos levantamos del sillón filosófico, el escepticismo de los sesgos implícitos nos exige ponernos en acción. Es decir, del hecho que seamos cerebros en un balde no se sigue ninguna razón para cambiar el modo en que vivimos, pues el engaño está tan bien pertrechado que nuestras vidas podrían transcurrir igual en ese caso. En cambio, el escepticismo de los sesgos nos exige actuar para evitar que nuestro modo equivocado de clasificar a las personas incida en lo que creemos conocer y, así, incida en nuestras acciones¹⁵. Este último punto exige entonces que estemos atentos para evitar que los sesgos puedan incidir en nuestras evaluaciones de los demás, según Saul «the problem starts to become vivid when we ask ourselves *when* we should be worried about implicit bias influencing our judgments. The answer is that we should be worried about it whenever we consider a claim, an argument, a suggestion, a question, etc. from a person whose apparent social group we're in a position to recognize»¹⁶.

No estoy seguro acerca de cuáles serían las consecuencias específicas de estos argumentos para la valoración del testimonio único de la víctima dentro del derecho penal, pero de todos modos creo que sugieren revisar el modo en que tal elemento probatorio ha venido siendo evaluado hasta ahora, puesto que no éramos todavía conscientes de los posibles sesgos que (incluso involuntariamente) incidían en ese proceso.

¹⁴ *Ibid.*: 244.

¹⁵ *Ibid.*: 244.

¹⁶ *Ibid.*: 250.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2009: «La supuesta facilidad de la testifical», en ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (ed.), *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi.
- ARENA, F.J., 2016: «Los estereotipos normativos en la decisión judicial», *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, 29 (1): 51-75.
- 2019: «Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos», en RISSO, V. y PEZZANO, S. (eds.), *Derecho y Control (2)*, Ferreyra ediciones, Córdoba, 2019, pp. 11-44.
- ASENSIO, R., et al., 2010: *Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia penal y violencia de género*, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.
- BOUVIER, H. y RIMOLDI, F., 2017: «Assessing Testimony and Other Evidential Sources in Law: An Epistemological Approach», en POGGI, F. y CAPONE, A. (eds.), *Pragmatics and Law. Practical and Theoretical Perspectives*, Cham: Springer, pp. 439-468.
- DI CORLETO, J., 2015: «La valoración de la prueba en casos de violencia de género», en PLAZAS, F. y HAZAN, L. (eds.), *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- HOLROYD, J., SCAIFE, R., y STAFFORD, T., 2017: «What is implicit bias?», *Philosophy Compass*, 12: 1-18.
- SAUL, J., 2013: «Scepticism and Implicit Bias», *Disputatio*, 5 (37): 243-263.
- SCHAUER, F., 2003: *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.