



Revista
Brasileira de
Direito
Processual
Penal

Volume 9 - Nº 01 - jan./abr. 2023

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1>

Dossiê

“Injustiça epistêmica nos contextos penal e processual penal”



Publicação fomentada pelo CNPq
(Chamada 12/2022 Programa Editorial)



IBRASPP


¿Existen injusticias hermenéuticas en el derecho? Una lectura realista de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas


*Are There Hermeneutical Injustices in the Law? A Realistic Reading
of the Judicial Unintelligibility of Marginalized Experiences*

Rachel Herdy¹

Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, Chile

rachel.herdy@uai.cl


 <http://lattes.cnpq.br/7021548116488357>


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

Carolina Castelliano²

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

carolina.castelliano@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/3655153029852954>

 <https://orcid.org/0000-0002-6164-9431>

Las lagunas hermenéuticas son como agujeros en el ozono –son las personas que viven debajo de ellas las que se quemán–.

(Miranda Fricker, 2007)

RESUMEN: Este artículo discute la aplicación del concepto de injusticia hermenéutica (Miranda Fricker, 2007) en contextos judiciales. Se argumenta que la aplicación de este concepto para capturar los problemas de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas no es tan claramente discernible. Hay un obstáculo para su aplicación al derecho cuando se analizan los elementos que, según Fricker, componen la definición de injusticia hermenéutica. Más específicamente,

¹ Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Doctora en Sociología (UERJ).

² Doctora en Derecho, Programa de Posgrado en Derecho, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Defensora Publica Federal.

su carácter puramente estructural no encaja muy bien con una perspectiva realista de la actividad de interpretación judicial. Desde esa perspectiva, los intérpretes judiciales tienen un papel decisivo en la evitación o creación de lagunas hermenéuticas. Más allá del componente agencial de la injusticia hermenéutica judicial, se argumenta que la intencionalidad del intérprete judicial es, en cierto sentido, peculiar –lo que es particularmente evidente en los casos penales–. La conclusión de este artículo es que la injusticia hermenéutica judicial desdibuja la línea entre las dimensiones estructural y agencial de la injusticia hermenéutica, de modo que la definición de Fricker es solo parcialmente útil para el derecho.

PALABRAS-CLAVE: Injusticia hermenéutica; interpretación judicial; intencionalidad; realismo jurídico.

ABSTRACT: *This article discusses the application of the concept of hermeneutical injustice (Miranda Fricker, 2007) in judicial contexts. It argues that the application of this concept to capture problems of judicial unintelligibility of marginalized experiences is not so clearly discernible. There is an obstacle for its application in the law when the elements that, according to Fricker, comprise the definition of hermeneutical injustice are analyzed. More specifically, its purely structural character does not fit very well in a realistic picture of the activity of judicial interpretation. From this perspective, judicial interpreters have a decisive role in avoiding or creating hermeneutical gaps. Beyond the agential component of judicial hermeneutic injustice, it is argued that the intentionality of the judicial interpreter is, in a certain sense, peculiar – and this is particularly evident in criminal cases. The conclusion of this article is that judicial hermeneutical injustice blurs the line between the structural and agential dimensions of hermeneutical injustice, so that Fricker's definition is only partially useful for law.*

KEYWORDS: *Hermeneutical Injustice; Judicial Interpretation; Intentionality; Legal Realism.*

1. INTRODUCCIÓN

La injusticia testimonial ocurre cuando un estereotipo negativo con relación a la identidad de un hablante provoca una deflación en el nivel de credibilidad que sus palabras reciben por parte de sus oyentes.

No es difícil imaginar que el contexto judicial de investigación y condena es un ambiente oportuno para la manifestación de prejuicios que afectan directamente la credibilidad de las diferentes personas involucradas en procedimientos criminales. Inmigrantes ilegales imputados por el delito de narcotráfico pueden sufrir un déficit de credibilidad cuando alegan ser inocentes; mujeres transexuales víctimas de violencia de género pueden recibir una deflación de sus relatos sobre agresiones; testigos de defensa residentes de barrios pobres pueden ser desacreditados cuando detallan los abusos de las autoridades policiales en sus respectivas comunidades. La nacionalidad, el género y la clase social son ejemplos de prejuicios identitarios que suelen provocar injusticias testimoniales contra diferentes actores del proceso criminal. Los prejuicios son epistémicamente –además de éticamente– culpables porque resultan en atribuciones deficitarias de credibilidad que no están bien calibradas con relación a las evidencias disponibles³.

El potencial crítico del concepto de injusticia testimonial para el análisis de las transacciones epistémicas que ocurren en el contexto judicial se puede ver no solo en los ejemplos trabajados originalmente por Miranda Fricker (2007),⁴ sino también en otros estudios que enfocan el mundo jurídico. El tema fue objeto de consideración por Hock Lai Ho (2012) con respecto a la filosofía del derecho probatorio, pero podemos destacar estudios más recientes: Fyfe (2018) se vuelve al contexto del derecho criminal internacional; Townsend & Townsend (2021) se dedican a discutir el tema de los daños epistémicos (testimoniales y hermenéuticos) que sufren los indígenas en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos; Jennifer Lackey (2021, 2022 y 2023), José Medina (2021) y Janaina Matida (2020) discuten la injusticia testimonial por exceso de credibilidad en los casos de confesiones falsas y reconocimiento

³ Aquí se nota que Fricker adopta una perspectiva evidencialista con respecto a las razones que justifican creer en el testimonio de alguien. Para una crítica, véase Jennifer Lackey (2018).

⁴ La transacción epistémica entre un hombre negro y los jurados blancos de un tribunal norteamericano representó un importante contexto para la elucidación del concepto de injusticia epistémica en el libro de Miranda Fricker, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing* (2007). Se trata del caso ficticio de Tom Robinson, narrado en el romance *To Kill a Mockingbird*, de Harper Lee.

de personas⁵; y Páez y Arcila-Valenzuela (2022) critican los obstáculos probatorios para la aplicación judicial del concepto de injusticia testimonial.

En este trabajo, ofrecemos una contribución a la reflexión sobre las injusticias epistémicas en el derecho, pero con atención a la *injusticia hermenéutica* –un tema que comparativamente no ha generado tanta discusión entre los juristas–. La injusticia hermenéutica es “la injusticia de verse frustrado en un intento de hacer inteligible una experiencia social significativa (para uno mismo y/o para los demás), donde la marginación hermenéutica es un factor causal significativo en ese fracaso” (Fricker & Jenkins, 2017, p. 268). Mientras que el daño epistémico en el caso de la injusticia testimonial es un déficit de *credibilidad*, el daño epistémico en el caso de la injusticia hermenéutica se caracteriza como un déficit de *inteligibilidad*. Según los ejemplos trabajados por Fricker, este tipo de injusticia epistémica también parece tener en el contexto judicial un ambiente oportuno para su manifestación⁶.

De hecho, la idea de injusticia hermenéutica parece resonar bien entre los juristas, pues muchos de los ejemplos que son calificados bajo esta forma de injusticia epistémica han sido antes problematizados por el movimiento del *Critical Legal Studies* y las teorías feministas y raciales del derecho. Desde la década de 1980, los teóricos críticos han denunciado las instituciones jurídicas y sus doctrinas, categorías, conceptos y interpretaciones –en definitiva, todo lo que Fricker clasificaría como pertenecientes a los “recursos hermenéuticos colectivos” (2007, p. 155) del derecho –. Para los teóricos críticos del derecho, esos elementos son expresiones del poder y de la opresión social. El pluralismo de experiencias sociales debe ser incorporado en los institutos jurídicos y las decisiones judiciales. Como escribió Katherine O’Donovan (1991), en referencia a los casos de las mujeres acusadas de matar a sus parejas abusivas, es

⁵ La idea de que puede haber injusticia testimonial por *exceso* de credibilidad ha llevado a Fricker a repensar los contornos del concepto de injusticia testimonial y sus campos de aplicación (2022). Como el enfoque de este artículo es sobre las injusticias hermenéuticas, no profundizaremos en este punto.

⁶ Fricker trabaja el caso de la “doctrina de la provocación”, un instituto jurídico de la *common law* cuyo significado debe ser adaptado para dar cuenta de la situación de las mujeres maltratadas que son acusadas de matar a sus compañeros (Fricker, 2013). Más adelante vamos a considerar este ejemplo.

necesario “dar forma a las definiciones para que el derecho se ajuste a la experiencia de las mujeres”. Esta resonancia que parece tener en el derecho la idea de injusticia hermenéutica incluso podría llevar a algunos a pensar que la teorización sobre este fenómeno epistémico no es algo tan innovador para los juristas.

Sin embargo, a pesar de la resonancia que la idea de injusticia hermenéutica tiene en la teoría crítica del derecho, la aplicación de este concepto para dar cuenta de los problemas de la ininteligibilidad judicial de experiencias sociales marginadas no es tan claramente discernible. Hay un obstáculo conceptual para su aplicación en el contexto judicial cuando se analizan los elementos que, según Fricker, componen el concepto de injusticia hermenéutica. Más específicamente, el carácter “puramente estructural” que determina este tipo de injusticia (Fricker, 2007, p. 159), que lleva a Fricker a decir que “ningún agente *perpetúa* una injusticia hermenéutica”, no encaja muy bien con la actividad de interpretación que tiene lugar en el ámbito judicial. Identificamos una limitación conceptual para la aplicación de esta noción estructural de injusticia en el derecho, y esta limitación se hace evidente desde el momento en que adoptamos una posición realista respecto a la actividad de interpretación judicial.

A continuación, explicaremos en qué consiste el elemento estructural de la injusticia hermenéutica y el abordaje realista de la interpretación judicial. Por ahora, basta decir que una posición realista respecto a la interpretación judicial reconoce el rol del intérprete como un agente con capacidad de modificar los recursos hermenéuticos –para bien o para mal–. Esta perspectiva de la interpretación judicial como una actividad intencional y política no encaja con la idea de que las injusticias hermenéuticas tienen una “naturaleza no deliberativa” (Fricker, 2017, p. 55). Lo que resulta de la concepción estructural de Fricker respecto a las injusticias hermenéuticas no es solo la idea de que no hay perpetradores, sino también que dichas injusticias “tienden a persistir independientemente de esfuerzos individuales” (p. 54). Como vamos a argumentar, en el ámbito judicial lo que ocurre es justamente lo contrario.

Este trabajo se divide en tres secciones, más allá de esta Introducción. La sección 2 presenta el concepto de injusticia hermenéutica de Fricker, sus modalidades (máxima, intermedia y mínima) y la discusión sobre su carácter estructural. La sección 3 desarrolla la noción de *injusticia*

hermenéutica judicial, relacionándola con los elementos que caracterizan la injusticia hermenéutica de Fricker. La sección 4 está orientada a la Teoría del Derecho en particular. Ofrecemos consideraciones sobre el análisis realista de la actividad de interpretación judicial. En particular, exploramos cómo los realistas analizan el problema de las lagunas, y cómo este fenómeno se relaciona con la marginación hermenéutica. Vamos a decir también algunas palabras sobre el carácter peculiar de la agencia judicial. El principal argumento de este artículo es que el abordaje realista de la interpretación judicial desdibuja la línea entre las dimensiones estructural y agencial de la injusticia hermenéutica, haciendo con que el concepto –por lo menos en la forma en que es defendido por Fricker– sea parcialmente útil para capturar el fenómeno de la injusticia hermenéutica cuando el oyente es un juzgador y la transacción ocurre en el tribunal.

2. PARA ENTENDER EL CONCEPTO DE INJUSTICIA HERMENÉUTICA

La injusticia hermenéutica ocurre cuando, debido a la marginación hermenéutica, el hablante carece de conceptos y categorías para dar sentido a su propia experiencia y/o comunicarla a otras personas, grupos o instituciones. La marginación hermenéutica puede entenderse, en términos generales, como la posición desventajosa de ciertas personas y grupos en prácticas colectivas de construcción de conceptos y significados sobre hechos sociales. En los casos considerados centrales para Fricker, la marginación hermenéutica es persistente y amplia, pues se relaciona con otras formas de opresión que afectan al sujeto o al grupo social al que pertenece. Esos son justamente los casos *sistemáticos*, y no simplemente *incidentales* (Fricker, 2007, p. 155). Luego, aunque se trate de un tipo genérico de injusticia hermenéutica, no constituye un caso central la situación en la que el hablante tiene su inteligibilidad comprometida en un aspecto muy localizado de su experiencia (v.g., el caso de un hombre blanco, educado, de clase media y *cis*, que se siente acosado por un fanático religioso sin ser capaz de comunicar su experiencia a su compañera o a la policía)⁷.

⁷ Se trata de un ejemplo que Fricker toma de la novela de Ian McEwan, *Enduring Love* (2007, pp. 156-157). Por otro lado, según Fricker (2007, p. 152),

De la misma forma que la injusticia testimonial es provocada por un prejuicio identitario, los casos centrales de injusticia hermenéutica también son provocados por un tipo estructural de prejuicio identitario. Sin embargo, lo que termina siendo afectado no es la credibilidad del hablante, sino su inserción plena en prácticas colectivas de construcción de conceptos y significados⁸. Por lo tanto, según la definición de Fricker, con respecto a los casos centrales (que son los que aquí nos interesan), la injusticia hermenéutica es “la injusticia de tener un área significativa de la experiencia social de uno oscurecida de la comprensión colectiva debido a un prejuicio de identidad estructural en el recurso hermenéutico colectivo” (Fricker, 2007, p. 155).

En su libro de 2007, los ejemplos trabajados por Fricker para ilustrar los casos centrales de injusticia hermenéutica fueron los casos reales de Wendy Sanford y Carmita Wood. Los casos se inspiraron en las narraciones sobre los movimientos de liberación de las mujeres contenidas en el libro de Susan Brownmiller (1990). Wendy fue una mujer republicana, de clase alta, que sufrió de depresión posparto. Su marido la culpaba, y ella también lo hacía, por algo que hoy es reconocido como una condición de salud, pero que en su momento fue visto como una histeria o deficiencia personal. Carmita, a su vez, fue una mujer que sufrió acoso sexual en el trabajo en la década de sesenta. La historia de Carmita es extraordinaria, pues revela el contexto en el que se originó el propio término “acoso sexual”. Los dos casos narran situaciones reales en las que mujeres en la década de 1960 tuvieron dificultad para expresar ciertas experiencias negativas debido a un déficit en los recursos hermenéuticos

casos de mala suerte epistémica, como la situación de una persona que padece de una enfermedad para la que aún no existe una terminología adecuada, no serían ejemplos de injusticia hermenéutica. Es fundamental que la escasez de conceptos que hace que alguien no pueda dar sentido o comunicar sus experiencias sea provocada por alguna fuerza social que le impide participar en prácticas hermenéuticas generadoras de significados.

⁸ Existe una relación constitutiva (aunque sea subliminal) entre las injusticias testimonial y hermenéutica. El déficit de credibilidad atribuido a los testimonios de una persona afectará la inteligibilidad de sus experiencias sociales significativas por parte de los miembros de la comunidad. Si no se cree el hablante, él jamás podrá alcanzar la participación deseada en la producción de los conceptos y significados de fondo necesarios para la inteligibilidad de sus experiencias (v. Fricker, 2016, p. 163).

que circulaban en las relaciones sociales de su época. Las categorías de depresión posparto y acoso sexual no existían para que ellas pudiesen dar sentido a sus propias experiencias y comunicarlas a los demás. Sin embargo, aunque hoy estas nociones pueden encontrar espacio en el ámbito judicial, ellas no constituyeron, en los casos específicos narrados por Fricker, situaciones que se daban en el ambiente institucional del derecho.

En un texto de 2013, Fricker nos ofrece otro ejemplo, ahora jurídico, para elucidar el concepto de injusticia hermenéutica. Se trata del caso de la mujer maltratada que mata a su marido abusador (comentado en la Introducción de este artículo). En el pasado, la *common law* no admitía que bajo la categoría jurídica de la “provocación” se pudiese cualificar la reacción de la mujer maltratada cuando la violencia había ocurrido momentos –minutos, horas o días– antes de la efectiva práctica del delito. Para la configuración de la provocación, resultaba relevante demostrar que el imputado reaccionaba en el “calor del momento”. Sin embargo, las mujeres que matan sus compañeros violentos frecuentemente sufren agresiones de manera prolongada; y cuando reaccionan, lo hacen con el recelo de un ataque futuro, y no frente a un ataque inminente. Además, debido a su situación de extrema vulnerabilidad, no es raro que esos delitos sean practicados cuando el agresor se encuentra acostado y sin posibilidad de reaccionar, lo que era interpretado por los tribunales como un caso de venganza. El punto es que la cualificación de la reacción de las mujeres imputadas como una provocación era importante, pues permitiría tipificar el delito de homicidio como involuntario. De esa manera, se conseguiría mitigar la culpabilidad de la mujer que mataba a su cónyuge que por muchos años efectivamente la provocaba con conductas violentas –así como se mitigaba el asesinato de los “hombres razonables” que pierden el control frente a una provocación–⁹.

⁹ Es interesante mencionar que, en el sistema jurídico brasileño, se utiliza el concepto de *inexigibilidad de conducta diversa*, previsto en el artículo 22 del Código Penal, para excluir la culpabilidad de las mujeres que matan a sus maridos agresivos. El documental *Legítima Defesa* (2017), dirigido por Sussana Lira y producido por Leda Stopazzolli, cuenta historias reales de mujeres que, bajo este argumento, fueron absueltas de la acusación de homicidio por el Tribunal del Jurado. No podemos explorar este tema, pero debemos hacer un breve comentario. Nos parece menos problemático enmarcar el caso de la mujer maltratada acusada de homicidio en la categoría de inexigibilidad de

Luego de las críticas que recibió de José Medina (2012 y 2013), respecto de las muchas dinámicas de comunicación en la sociedad, los escritos posteriores de Fricker empezaron a reconocer que la injusticia hermenéutica es un concepto internamente diverso, ya que puede asumir diferentes intensidades dependiendo del *grado* y de la *extensión* de la ininteligibilidad (Fricker, 2013 y 2016). En cuanto a dicho grado, la injusticia hermenéutica puede ser más grave, causada por la total carencia de una categoría conceptual (v.g., la inexistencia del término “acoso sexual” en la década de 1960); o puede asumir una forma menos grave, en la cual los términos o conceptos existen, pero su denotación (i.e., los objetos a que se refieren) o incluso su connotación (i.e., las asociaciones que se pueden hacer a las palabras) no sea suficientemente extensa para capturar la experiencia de una persona o grupo social marginado (v.g., la categoría del feminicidio con relación al asesinato de mujeres transexuales). Respecto a la extensión de la ininteligibilidad, para entender mejor esta idea, podemos pensar en un *continuum* de posibilidades en dirección a la inteligibilidad compartida con grupos cada vez más grandes (Fricker, 2013 y 2016). Si la víctima ni siquiera puede dar sentido a su propia experiencia, debido a la ausencia completa de un nombre o de una interpretación disponible en los recursos hermenéuticos de su comunidad, entonces se estaría frente a un caso máximo de injusticia hermenéutica. Un caso que se sitúa “a mitad del camino” ocurriría cuando la víctima no es capaz de comunicar su experiencia a un grupo social específico, como las autoridades del Estado, pero es capaz ella misma de dar sentido a su propia experiencia y comunicarla dentro de su grupo social marginado. Los recursos conceptuales se ubican en un estrecho espacio social. Finalmente, puede haber un tercer grado de injusticia en el que la práctica hermenéutica funciona plenamente pero no puede compartirse en ocasiones específicas, puntuales. En estos casos, la dificultad de transmitir información en términos inteligibles es un hecho aislado en la vida de la persona, de modo que la injusticia hermenéutica sería incidental o no sistemática.

conducta diversa que enmarcarlo en la categoría de provocación, lo que tal vez indica la inclinación del *common law* hacia prácticas hermenéuticas más maleables y interpretaciones evolutivas de sus institutos.

Un elemento que Fricker considera central en la caracterización de la injusticia hermenéutica es su naturaleza estructural –lo que resultará parcialmente problemático para la caracterización de la dimensión judicial de este fenómeno–. “La injusticia hermenéutica, ya sea incidental o sistemática, no implica ningún culpable”, afirma Fricker. “Ningún agente *perpetra* la injusticia hermenéutica, es una noción puramente estructural” (Fricker, 2007, p. 159)¹⁰. Para Fricker, no existe un agente perpetrador de este tipo de injusticia porque la marginación que provoca el déficit de inteligibilidad de ciertas personas pertenecientes a grupos sociales esta presente de manera *objetiva* en los recursos hermenéuticos. La idea de que no hay culpable queda clara en este otro pasaje:

La injusticia hermenéutica no es infligida por ningún agente, sino que es causada por una característica del recurso hermenéutico colectivo –un punto ciego único (en casos incidentales) o (en casos sistemáticos) una laguna generada por un prejuicio de identidad estructural en el repertorio hermenéutico– (Fricker, 2007, p. 168).

Con el tiempo, algún componente agencial de la injusticia hermenéutica pasa a ser reconocido por Fricker (2017), después de las críticas que recibe de Mason (2011), Dotson (2012), Medina (2012, 2013, 2017) y Pohlhaus, Jr. (2012)¹¹. Ella admite que la conducta individual de un agente virtuoso puede “mitigar” o “erosionar” una marginación hermenéutica, pero sostiene que “la erradicación real de este tipo de injusticia requerirá mucho más que estos ligeros empoderamientos hermenéuticos interpersonales” (Fricker, 2017, p. 55). En un seminario reciente al que asistimos¹², Fricker hizo una distinción interesante entre

¹⁰ Las cursivas son de la autora.

¹¹ Por ejemplo, a partir de las críticas de Medina (2012 y 2013) al papel del agente en la co-perpetración de las injusticias hermenéuticas y a la posibilidad de un tipo de “ignorancia activa”, y también de la idea de Pohlhaus, Jr. (2012) de que hay un tipo de “ignorancia hermenéutica intencional”, Fricker (2016) discute formas de ignorancia que pueden estar involucradas en el fenómeno de las injusticias hermenéuticas. Es en este contexto que se inserta la discusión sobre la relación entre las formas de injusticia hermenéutica y el caso de la “ignorancia blanca” de Charles Mills (v. Fricker, 2016).

¹² Se trata del seminario *Injusticias epistémicas: de las formas interpersonales a las institucionales*, organizado por Leandro de Brasi en la Universidad de La

las ideas de *perpetrar y perpetuar*, la cual vale la pena recapitular aquí¹³. Aunque la injusticia hermenéutica no puede perpetrarse, en el sentido de que puede brotar o *nacer a la vida*¹⁴ por medio de la acción de un agente en particular, Fricker explica que ella puede perpetuarse de esa misma manera. La perpetuación implica la idea de dar continuidad a algo que ya existe. Se trata de una noción que confiere algún papel agencial al oyente-intérprete, pero también reconoce que se trata de un papel periférico.

En resumen, Fricker sostiene que el daño de la injusticia hermenéutica resulta de una acción no-deliberada, no-intencional. Si un oyente “pretende no entender cuando en realidad entiende perfectamente bien, entonces esa es una injusticia estrechamente relacionada pero distinta de la injusticia hermenéutica” (2017, p. 55). Para Fricker, las personas pertenecientes a grupos hermenéuticamente marginados pueden sufrir un daño epistémico al intentar comprender sus propias experiencias o comunicarlas a otros, pero eso no es algo que suceda a propósito o de manera consciente.

Como mencionamos, algunos críticos del trabajo de Fricker han rechazado la idea de que la injusticia hermenéutica es una noción puramente estructural; que ella no involucra a ningún perpetrador; que la intencionalidad y la deliberación no son aspectos centrales de esta transacción epistémica disfuncional (ver Mason 2011; Dotson 2012; Pohlhaus, Jr. 2012; y Medina 2012, 2013 y 2017). El argumento de este artículo va inicialmente en la misma dirección, pero con reservas en cuanto al carácter peculiar de la intencionalidad judicial. Se llamará la atención para el hecho de que la intencionalidad es una característica distintiva del fenómeno de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas (quizás más en comparación con otras transacciones epistémicas), pero también que esta acción deliberada del intérprete-juzgador puede estar basada en razones de orden institucional y, de esa forma, no ser tan culpable (o al menos no tan directamente). Si bien el carácter intencional

Frontera, en Pucón, Chile (noviembre, 2022).

¹³ De hecho, la idea de perpetuar aparece en la crítica de Medina (2012, p. 2018) a la falta de atención de Fricker al aspecto agencial de la injusticia hermenéutica.

¹⁴ “*Come into being*” es la expresión de Fricker en el *handout* distribuido en el referido evento.

de la injusticia hermenéutica judicial implicará una ruptura con la noción estructural de Fricker, el elemento de culpabilidad mitigada parece conservar uno de sus componentes centrales. La conclusión de este artículo es que la marginación hermenéutica judicial desdibuja las líneas entre las dimensiones estructural y agencial de la injusticia hermenéutica.

3. LA ININTELIGIBILIDAD JUDICIAL DE EXPERIENCIAS MAGINADAS

En esta sección, vamos a trabajar con la idea de que la marginación hermenéutica judicial ocurre cuando el sujeto o el grupo social no es capaz de contribuir para la formación del fondo de conceptos y significados del mundo jurídico –la cual constituye, quizás en última instancia, la esfera más relevante de reconocimiento de hechos sociales significantes–. Efectivamente, son los formuladores de políticas públicas (los poderes ejecutivo y legislativo) y los tomadores de decisión (jueces o jurados) aquellos que no son capaces de reconocer una experiencia social, pero quien sufre el daño epistémico respecto al déficit de inteligibilidad es la persona o grupo social cuya experiencia no es reconocida¹⁵. En nuestra caracterización del fenómeno, la persona que sufre una *injusticia hermenéutica judicial* es capaz de usar conceptos para dar sentido ella misma a sus propias experiencias y comunicarlas internamente a miembros de su grupo social, pero se ve frustrada en su tentativa de comunicación con miembros del sistema de justicia. Los recursos hermenéuticos existirían y serían compartidos por un grupo de personas, pero el Poder Judicial no los reconocería¹⁶.

Además, vale la pena señalar que esta falta de inteligibilidad puede afectar tanto el razonamiento sobre el derecho aplicable (v.g., los contornos conceptuales de ciertos institutos) como el razonamiento sobre los hechos probados en el proceso. Luego, la ininteligibilidad judicial debido

¹⁵ Medina (2012, p. 214) analiza la situación en la que personas o grupos privilegiados sufren algún tipo de injusticia hermenéutica precisamente por sus posiciones privilegiadas (v.g., los casos de ignorancia blanca).

¹⁶ Este trabajo se centra en los intentos fallidos de comunicar hechos sociales al Poder Judicial, sin menospreciar, sin embargo, la contribución del Poder Legislativo en este contexto.

a una marginación hermenéutica parece ocurrir no solo en los casos de lagunas normativas propiamente –en que no existe una norma jurídica para capturar una experiencia social marginalizada–. Es posible que la ininteligibilidad ocurra también en una etapa diferente del razonamiento, que tiene más que ver con la premisa fáctica del argumento judicial. Podemos pensar en casos en los que conceptos erróneos, como estereotipos negativos o mitos sociales (Jenkins, 2017), impiden al intérprete de dar sentido a una experiencia social ofrecida por medio de pruebas testimoniales (testigos). No podemos explorar estas muchas facetas de la injusticia hermenéutica en el derecho, pero es importante señalar aquí que el fenómeno se puede irradiar a las diferentes etapas del complejo proceso de razonamiento judicial.

La injusticia hermenéutica judicial no se confunde con la situación en que uno no es competente para operar con los conceptos y significados técnicos del mundo jurídico. Si ese fuera el caso, este tipo de injusticia la sufrirían todos aquellos que no son juristas y, de hecho, no son capaces de comprender por sí mismos los institutos y técnicas del razonamiento jurídico. No es este tipo de ininteligibilidad que genera el daño epistémico de la injusticia hermenéutica. Sería absurdo pensar así, ya que nos lleva a concluir que todos somos víctimas de injusticias hermenéuticas en relación con todos los dominios del conocimiento que ignoramos. La injusticia hermenéutica judicial solo hace sentido si la identificamos como un intento fallido de comunicar para al Poder Judicial una experiencia social significativa que, a su vez, se explica no por falta de dominio subjetivo de una terminología técnica, sino por falta de la existencia objetiva de conceptos que en este lenguaje técnico puedan dar cuenta de la realidad oscurecida.

Como comentábamos en el apartado anterior, la injusticia hermenéutica puede asumir distintas intensidades: tanto con relación al grado de la ininteligibilidad como con relación a su extensión. Entonces, primero, ¿cómo la injusticia hermenéutica en el derecho se relaciona con los diversos grados de ininteligibilidad? Un caso grave de injusticia hermenéutica en el derecho ocurriría cuando las categorías o los significados jurídicos compartidos operan en sentido contrario al reconocimiento de la experiencia marginada. En la técnica jurídica, podríamos decir que se trata de un tipo de laguna ideológica o axiológica:

respecto de un supuesto de hecho, “al menos *prima facie*, hay una norma que no debería estar” (Chiassoni, 2011)¹⁷. Se trata de una explícita descualificación normativa de una experiencia social que es significativa para ciertos grupos sociales –un problema hermenéutico aún más radical y difícil de retroceder–. Citemos, como ejemplo, el artículo 402 del Código Penal brasileño de 1890 que criminalizaba la capoeira, una práctica que mezcla elementos de danza y arte marcial, muy popular entre los negros en Brasil. Aquí es importante señalar que la marginación hermenéutica puede incluir no solo el contenido, sino también “la forma de lo que se puede decir” (Fricker, 2007, p. 160), incluyendo igualmente “actividades que constituyen y comparten significados” (Medina, 2012, pág. 210). La referida disposición incriminatoria prescribía lo siguiente: “Hacer ejercicios en las calles y plazas públicas con agilidad y destreza”. Este tipo máximo de injusticia hermenéutica en el derecho resulta de la explícita descualificación de una experiencia por medio de disposiciones normativas incriminatorias o de alguna forma sancionadoras. La injusticia es más severa y radical porque se trata no solo de introducir un significado todavía no corriente, sino antes de desmontar lo ya existente.

Pero hay grados menos extremos de injusticia hermenéutica en el derecho, y Fricker nos ofrece dos ejemplos jurídicos (2012). De hecho, son variaciones del caso de la mujer maltratada, pues ahora la mujer es la víctima de un delito, y no la imputada. Una primera variación sería el caso de una mujer que es víctima de violencia doméstica en una época en que esta categoría aún no se encontraba jurídicamente establecida, pues se toleraba la sujeción de la mujer a los abusos del marido. Es un caso serio de escasez de concepto que lleva a la imposibilidad de comunicar la situación de vulnerabilidad y opresión social a las autoridades. El segundo caso, ahora menos severo, sería la situación en la que la violencia doméstica efectivamente se encuentra reconocida como un delito en el sistema

¹⁷ Con esto no queremos decir que toda laguna axiológica implique una injusticia hermenéutica (aunque esto parece ocurrir con frecuencia). Es cierto que una norma puede ser considerada mala por razones que nada tienen que ver con la existencia de algún prejuicio identitario estructural incrustado en los recursos hermenéuticos del mundo jurídico. Basta pensar en las leyes tributarias y el desacuerdo que parece tener parte de la población dominante en relación con sus reglas. Gracias al segundo revisor de este artículo por señalarnos esto.

jurídico, pero la culpabilidad del imputado no es reconocida debido a un déficit en los significados compartidos por las autoridades encargadas de investigar y juzgar. Eso se revelaría, por ejemplo, en mitos o concepciones erróneas asumidas por las autoridades, como “la víctima no abandonó a su pareja violenta” o “el abuso doméstico siempre es físico”. Esos mitos impiden la comprensión de determinados fenómenos, incluso por parte de las propias víctimas (Jenkins, 2017)¹⁸.

Volviendo a la segunda parte de la cuestión anterior, enfrentemos la cuestión ¿cómo se relaciona la injusticia hermenéutica judicial con las distintas formas de extensión de la ininteligibilidad? De entrada, podemos conjeturar que la primera y más extensa forma de injusticia hermenéutica expuesta por Fricker, que consistiría en la situación en que una persona no tiene los recursos conceptuales para dar sentido a sus propias experiencias, difícilmente se dará en el derecho. Esa conjetura se apoya en la propia dinámica de los procedimientos judiciales, que parece incentivar el surgimiento de casos intermedios o ubicados en la mitad del camino. Tanto el demandante, cuando ingresa con una acción judicial, como el imputado, cuando formula un argumento de defensa, deben ser capaces de ofrecer, por medio de sus representantes legales, argumentos que emplean conceptos y significados jurídicamente plausibles. Para que esto suceda, es necesario que el demandante o el imputado tenga formas de dar sentido a su experiencia negativa para por lo menos transmitírsela a un abogado. También es probable que compartan, dentro de sus respectivos grupos marginados y oprimidos, los recursos hermenéuticos no-dominantes (Mason, 2011), los cuales su abogado intentará avanzar con la construcción de una argumentación jurídicamente alternativa y plausible. Como señala José Medina (2012), existen prácticas interpretativas localizadas que, aunque quedan marginadas de los recursos hermenéuticos dominantes, funcionan bien internamente. Una persona que ni siquiera es capaz de dar sentido internamente a su experiencia o incluso de compartirla con otros más cercanos a ella *a fortiori* no podría comunicársela a un abogado

¹⁸ En casos de violencia doméstica y violación, la presencia de mitos suele impedir que las propias víctimas puedan identificar lo que les sucedió. Esto ha sido identificado como un tipo diferente de injusticia hermenéutica. Es una situación en la que la víctima de la injusticia carece de conceptos, pero su interlocutor los tiene (Jenkins, 2017).

para entonces accionar el Poder Judicial. Si ni siquiera la persona misma es capaz de dar sentido a sus propias experiencias, nunca podría llevarlas a los tribunales con la esperanza de que se las reconozca.

Es claro que podemos pensar en las situaciones de personas o grupos que no son capaces de comprender sus propias experiencias y efectivamente cuentan con la ayuda de abogados de entidades de defensa de los derechos humanos para ver reconocidas sus experiencias en la justicia¹⁹. De hecho, podemos pensar en aquellos casos en los que las víctimas no son capaces de comprender el delito que se cometió contra ellas. Pensemos en los mitos que rodean los conceptos de violación y violencia doméstica. Katharine Jenkins (2017) sugiere que este sería un tipo distinto de injusticia hermenéutica, en el que las víctimas tendrían conceptos erróneos, en forma de mitos, que les impedirían comprender la realidad. Por otro lado, su interlocutor, como un fiscal o una jueza, tendrían los conceptos para dar sentido a lo que ella misma no es capaz de comprender.

Esta es de hecho una situación que no podemos soslayar. Sin embargo, haciendo abstracción de la víctima y pensando por un momento en los demandantes e imputados, sus interlocuciones con el Poder Judicial por sí solo parece implicar el rompimiento de una eventual situación inicial de máxima injusticia hermenéutica. El representante legal deberá hacer un esfuerzo para comunicarse con el demandante o imputado y entender mejor sus experiencias; y después deberá hacer otro esfuerzo, quizá aún más grande, para enmarcarlas en los institutos, categorías o abstracciones jurídicas existentes. Además, como observa Medina (2012, p. 209), “pueden existir procesos comunicativos ocultos y formulaciones embrionarias de significado *incluso en los contextos hermenéuticos más adversos*”²⁰. Todo eso nos lleva a concluir que los casos de injusticia hermenéutica en el derecho son *normalmente* intermedios.

Pero lo más importante de todo, esta conjetura es un punto relevante para el argumento central de este artículo, que sostiene la tesis de que la injusticia hermenéutica en el derecho tiene un carácter agencial. Solo un caso ubicado al menos a mitad del camino –cuando los conceptos no-dominantes

¹⁹ Gracias a uno de los revisores de este artículo por nos alertar sobre esta posibilidad.

²⁰ Las cursivas son del autor.

circulan por medio de prácticas interpretativas localizadas en los grupos marginados— puede llevarnos a postular la idea de un juzgador que *perpetra* una injusticia hermenéutica. Para que la agencia intencional del intérprete-juzgador sea relevante, en el sentido de tener la capacidad de perpetrar una injusticia epistémica, es necesario que él tenga a su disposición los recursos que le permitirían actuar de otra manera. La intencionalidad de la injusticia hermenéutica judicial se manifiesta porque el intérprete tuvo acceso a conceptos alternativos no dominantes y no los empleó. Después de todo, la afirmación de Fricker de que la injusticia hermenéutica es estructural puede explicarse por razón de la escasez objetiva de conceptos. En el contexto judicial, los propios abogados son los encargados de traer conceptos alternativos al debido reconocimiento por parte del Estado.

En resumen, las formas extremas de injusticia epistémica, como aquellas en las que la persona carece de conceptos para dar sentido a sus propias experiencias, no parecen representar, debido a la propia dinámica de los procedimientos judiciales, los tipos de casos que normalmente llegan a los tribunales. Además, por mucho que algunos de estos casos extremos puedan llegar al Poder Judicial, la situación inicial de extrema injusticia hermenéutica se transforma desde el momento en que un representante legal se esfuerza por comprender y enmarcar la experiencia de la persona o grupo marginado en los institutos del lenguaje jurídico. Y es a partir de esta calificación inicial, la cual debe demostrar alguna forma de plausibilidad jurídica, que la agencia del intérprete-juzgador se manifestará: él puede optar por utilizar el argumento ofrecido por el abogado para reconocer la experiencia marginada, o descartarlo. La encrucijada del intérprete está entre evitar la aparición de una laguna o mantener la experiencia en la oscuridad. Esto es lo que vamos a analizar en la sección siguiente.

4. UNA MIRADA REALISTA SOBRE LA ININTELIGIBILIDAD JUDICIAL

El objetivo de esta última sección es analizar el fenómeno de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas desde la perspectiva realista de la interpretación judicial²¹. Cuando un teórico del derecho

²¹ Hay, de hecho, muchas escuelas realistas en la Teoría del Derecho. Podemos distinguir, en primer lugar, dos divisiones, la norteamericana (Leiter, 2015) y

piensa en la situación de alguien que lucha para encontrar las palabras o significados para expresar sus experiencias a otros, y luego intenta transportar esta situación para el ámbito judicial, un escenario posible que viene a la mente es el de la integración de lagunas en el derecho. El realismo jurídico propone una descripción más desencantada respecto de la actividad de integración de lagunas. Una de las lecciones importantes de los realistas sobre esta materia –y que va en contra de la lección de Fricker sobre el carácter puramente estructural de la marginación hermenéutica– es que las lagunas no son defectos objetivos de los ordenamientos jurídicos, pero dependen del intérprete. La perspectiva realista revela que las lagunas hermenéuticas en el derecho son más bien creadas que identificadas, pues el intérprete tiene poderes y técnicas para ampliar los conceptos y significados jurídicos. Luego, la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas se distancia de la idea de Fricker de que la marginación es *puramente* estructural y no puede ser perpetrada.

Las lagunas en el derecho constituyen, según Pierluigi Chiassoni, “una de las manifestaciones que más han preocupado –y fascinado– la reflexión dogmática y teórico-general a partir del cuarto del siglo XIX” (2007, p. 194). De manera resumida, las lagunas en el derecho pueden ser entendidas como “supuestos de hecho para los cuales no está dispuesta consecuencia jurídica alguna” (Guastini, 2014, p. 139). Se trata de una dificultad para calificar jurídicamente un hecho debido a la falta de una disposición normativa que lo regule explícitamente. Esta es una definición estándar, de la llamada laguna *propriamente dicha*. Pero hay muchas definiciones y clasificaciones de las lagunas (ver, por todos, Chiassoni, 2007). Por ejemplo, a menudo se dice que las lagunas pueden ser de tres tipos: las *lagunas normativas* suceden cuando un supuesto de hecho no está regulado de manera explícita (el caso estándar); las *lagunas axiológicas* o *ideológicas* ocurren cuando hay una norma que, según las preferencias ético-políticas del intérprete, no debería existir; y las *lagunas técnicas* resultan de la falta de una norma cuya existencia es condición

la europea-continental (Barberis, 2015). Dentro de la división europeo-continental, podemos distinguir las escuelas escandinava, genovesa y francesa (Barberis, 2015). En este trabajo, estamos adoptando la perspectiva del realismo jurídico genovés, especialmente extraída de las obras de Giovanni Tarallo y Riccardo Guastini.

necesaria para la eficacia de otra norma (o cuando una norma prohibitiva no es acompañada de una sanción).

No nos interesa adentrarnos en estas cuestiones clasificatorias, aunque puede ser válido relacionar los tipos de lagunas del derecho con los distintos grados de injusticia hermenéutica de que tratamos anteriormente. El punto que merece atención aquí es el llamado “problema metodológico de la identificación de las lagunas” (Chiassoni, 2011, p. 228). Según la tradición realista (Guastini, 2014), las lagunas en el derecho no existen objetivamente; ellas son *evitadas* o *creadas*. La existencia o no de una laguna va a depender de la estrategia interpretativa utilizada por el tomador de decisión. Por medio de técnicas interpretativas extensivas y correctoras (v.g., el argumento analógico), experiencias sociales marginadas pueden ser integradas al derecho bajo categorías jurídicas existentes²². Por otra parte, por medio de técnicas interpretativas restrictivas (v.g., argumento literal y *a contrario sensu*), dichas experiencias son vistas como extranjerías al derecho y excluidas de su ámbito. Pensemos en el ejemplo de la inclusión o exclusión de la mujer transexual bajo la categoría “mujer” para fines de juzgar casos de violencia doméstica. Mientras que las técnicas de integración del derecho evitan una injusticia hermenéutica, la exclusión la produce.

Esta visión de las lagunas como evitadas o creadas por el intérprete judicial puede ser mejor comprendida a partir de la crítica realista respecto a las teorías cognitivistas de la interpretación (Tarello, 2013; Guastini, 2014). Para los adeptos del cognitivismo en la teoría de la interpretación judicial, la actividad del intérprete es un acto de conocimiento de normas previamente constituidas. Los realistas, a su vez, son escépticos, y enfatizan la naturaleza volitiva de la interpretación judicial, lo que resulta en la afirmación de que la actividad del intérprete es un acto político. Es en relación con esta discusión que a menudo se habla de la distinción entre *disposición* (o *enunciado*) y *norma* (o *significado*). Las normas son el resultado de la interpretación de las disposiciones; mientras que estas son los textos normativos contenidos

²² Aquí podemos incluir tanto la analogía *legis*, por medio de la cual se recorre a la regulación aplicada a casos similares, como la analogía *juris*, también conocida como la aplicación de los principios generales del derecho (Canale y Tuzet, 2021, p. 221).

en los documentos que constituyen las fuentes del derecho. Entre las dos, sin embargo, no existe “correspondencia biunívoca”: no es verdad que a toda disposición corresponda una y solo una norma; y no es verdad que a toda norma corresponda una y sola una disposición. Incluso, es posible que exista norma carente de disposición. Este es precisamente lo que ocurre mediante la integración de lagunas, cuando el intérprete crea una norma que no puede referirse a ninguna disposición. Lo que nos sugiere la imagen realista de la interpretación judicial esbozada arriba es que las normas jurídicas se convierten en una variable de las preferencias y valores del intérprete. A medida que identificamos las normas con los recursos hermenéuticos colectivos del derecho, dichos recursos se convierten también en variables subjetivas –una conclusión inconsistente con la idea de Fricker de que las lagunas hermenéuticas son estructurales y objetivas–.

Pero aquí nos encontramos frente a un problema, que podría hacernos repensar el carácter agencial de la injusticia hermenéutica judicial. Si pensamos en la justicia penal y en las normas de excepción, no debemos admitir la autonomía del intérprete judicial para utilizar la analogía y así evitar las lagunas. Dado que los argumentos analógicos no pueden utilizarse *in malam partem*, nadie puede ser condenado por un delito que no esté explícito en las leyes penales. Esto significa que no hay lagunas en el derecho penal: lo que no está prohibido, está permitido²³. El formalismo jurídico, entendido como la actitud del intérprete de tomar en serio el texto normativo, mediante el uso de métodos de interpretación restrictivos, es un corolario del principio de legalidad, y debe ser fuertemente fomentado a la hora de se pensar en conceptualizar nuevos tipos penales.

Pensemos en los casos de sesgos raciales en el comercio, en particular en el fenómeno conocido como *comprar siendo negro* (*shopping while black*). Este tipo de discriminación puede asumir formas sutiles como “servicio lento o grosero, pago por adelantado, vigilancia” (Harris, 2003, p. 4). Estas sutiles formas de discriminación practicadas contra

²³ En la dogmática jurídica, esto se conoce como la *norma general exclusiva*, una especie de norma de cierre del sistema. La norma es general, porque se aplica a todos los casos distintos al reglamentado; y es excluyente, porque excluye la regulación prevista para el caso particular.

las personas negras en el ámbito del comercio pueden no ser fácilmente calificadas en los textos normativos que regulan determinados delitos, como el acoso racial o la injuria. En Brasil, por ejemplo, la Ley n. 7.716/1989 prevé la práctica del racismo en el acto de consumo, pero sus previsiones involucran, en general, actos de “negar o impedir el acceso a establecimientos comerciales, negarse a servir, atender o recibir a un cliente o comprador”, sin mencionar actos más sutiles, pero no menos ofensivos, de prácticas racialmente discriminatorias en el acto de consumo. ¿Sería posible reparar la injusticia hermenéutica en esos casos mediante la extensión de las ideas de “negar o impedir” el acceso a un establecimiento o servicio?

La verdad es que la respuesta a esta pregunta también va a depender de cómo el intérprete juzgador escoge construir su argumento. Si afirma que está haciendo una analogía, seguramente su decisión será considerada *contra legem* y eventualmente terminará siendo reformada en instancias superiores. Sin embargo, si afirma que está interpretando extensivamente un texto ya previsto en la ley penal, por se tratar de una hipótesis fáctica que cae bajo la *penumbra de incertidumbre* de su significado (Hart, 1960), su técnica argumentativa se desvía de la idea de integración del derecho. En resumen, el intérprete-juzgador puede utilizar la interpretación extensiva como subterfugio para ampliar el alcance de los tipos penales y así dar cuenta de hechos sociales marginados que deben ser reconocidos por la inteligencia judicial (Canale y Tuzet, 2021, pp. 208-210). De esta manera, su agencia sigue jugando un papel decisivo en la evitación o creación de lagunas hermenéuticas.

Un buen ejemplo del empleo de esa técnica argumentativa puede ser encontrado en un conocido precedente del Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil. En la decisión MI 4733/DF, el STF aplicó la Ley n. 7.716/1989 (Ley del Racismo) a las situaciones de homofobia, que todavía no habían sido tipificadas como crimen. El tribunal lo hizo con el objetivo de “*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”²⁴. Según la Fiscalía, que declaró ser favorable a la aceptación de la

²⁴ La cursiva es nuestra.

solicitud en este caso, “no se trata de defender la tipificación por analogía *in malam partem*, sino que por medio de la interpretación conforme a la Constitución, del concepto de raza, para adecuarlo a la realidad brasileña actual, en un proceso de mutación de conceptos jurídicos – lo que es totalmente compatible con el contenido histórico de la noción de ‘racismo’” (p. 59).

De todo eso, lo que podemos desprender, más allá del componente agencial de la injusticia hermenéutica judicial, es que la intencionalidad del intérprete judicial parece tener un carácter peculiar. Y esto nos lleva a concluir que la línea que separa las dimensiones estructural y agencial de la injusticia hermenéutica judicial no es tan clara. El intérprete-juzgador puede ser un perpetrador de injusticias epistémicas sin que tenga la intención de manipular u ocultar experiencias. De todas maneras, esto no elimina el carácter intencional de la injusticia hermenéutica, pero le da una connotación distinta. La injusticia hermenéutica judicial no es siempre un caso de “ignorancia hermenéutica intencional” (Pohlhaus, Jr., 2012) o de resistencia epistémica colectiva (Medina, 2013).

El derecho es un campo propicio para la ocurrencia del fenómeno epistémico que ha sido caracterizado como la disociación entre la *creencia* y la *aceptación* (Cohen, 1992; Ferrer Beltrán, 2005)²⁵. El juzgador puede creer o tener la convicción íntima de que un hecho social significativo para un grupo marginado merece la atención del derecho, pero no aceptar tipificarlo judicialmente. “Esto es debido a que las razones para aceptar una proposición, para usarla en el razonamiento, no tienen por qué ser epistémicas” (Ferrer Beltrán, 2005, p. 91). Respecto al caso de la homofobia citado anteriormente, podríamos pensar en la posibilidad de que un ministro del STF optara por no ampliar el tipo penal de racismo, pero no porque no estuviera de acuerdo con la necesidad y urgencia en regular la experiencia de las personas que sufren discriminación por motivos de género u orientación sexual. Incluso, él podría tener una fuerte creencia de que la experiencia merece el reconocimiento judicial, pero no aceptar tipificarla criminalmente debido al principio de legalidad que limita la

²⁵ La *aceptación* es un término usado en filosofía para hacer referencia a la actitud de “tener o adoptar una política de usar *p* en el razonamiento en algunos o todos los contextos” (Cohen, 1992, p. 4).

justificación de sus decisiones en este contexto. Es absolutamente cierto que se habría cometido una injusticia hermenéutica, pero la resistencia del intérprete-juzgador estaría justificada por razones institucionales de segundo orden²⁶.

Esto nos lleva a pensar que la intencionalidad que identificamos en la injusticia hermenéutica judicial es, en cierto sentido, más suave o menos culpable –lo que, a su vez, también debería llevarnos a sopesar el papel de las respectivas contribuciones agenciales y estructurales al fenómeno de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas–. Si la perpetración de una injusticia hermenéutica pudiera explicarse por elementos de naturaleza institucional, entonces, después de todo, alguna fuerza estructural, mas allá del agente, contribuye a su producción. Con esto no queremos justificar ninguna decisión judicial que, desde una posición formalista, ofrezca resistencia a la inteligibilidad de experiencias marginadas. Sólo estamos evidenciando, a partir de una perspectiva realista, su peculiar carácter intencional.

5. CONCLUSIÓN

Los esquemas conceptuales de los tipos de injusticia epistémica pensados por Fricker están en constante evolución (Fricker, 2017). Fricker ha reconocido y tratado de dialogar con las críticas constructivas que fueron planteadas a su concepto inicial de injusticia hermenéutica, pero ella ha señalado también que le gustaría “abogar por un rigor continuado” con respecto al ámbito de la injusticia epistémica. “La categoría solo será útil si permanece limitada y específica, sin relajarse hacia el exterior para abarcar la generalidad de manipulaciones interpersonales injustas” (Fricker, 2017, p. 53).

²⁶ Por razones de segundo orden entendemos aquellas razones sistémicas por detrás del formalismo (legalidad, seguridad jurídica, bajas capacidades epistémicas del juez), y no las razones político-legislativas que llevaron en primero lugar a la exclusión de la experiencia (v. Schauer, 1991; Struchiner, 2011). Dichas razones no son necesariamente discriminatorias; de hecho, en el derecho penal en particular, el formalismo suele operar en beneficio de los oprimidos. La resistencia en tipificar una conducta no regulada explícitamente como delictiva funcionaria, en muchos contextos, como una garantía para los ciudadanos oprimidos por el poder punitivo del Estado. Esta es una conclusión algo paradójica.

En respuesta a Fricker, se puede decir que la falta de adaptación del concepto de injusticia hermenéutica al contexto judicial dejará de fuera fenómenos que deberían ser capturados por la misma idea. La ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas, producida por un acto de voluntad del intérprete, en el sentido de no ampliar conceptos y significados jurídicos, resultará exactamente en el mismo tipo de daño epistémico que Fricker tiene en mente cuando caracteriza la idea de injusticia hermenéutica: la víctima no podrá comunicar al Poder Judicial una experiencia social significativa que merece reconocimiento por parte del Estado. Y, como hemos argumentado, el carácter agencial, que parece estar presente en este tipo de injusticia hermenéutica, quizás en mayor grado de lo que Fricker admitiría, puede, a su vez, ser explicado por un tipo peculiar de intencionalidad. La intencionalidad del intérprete judicial es más suave o menos culpable, pues no involucra necesariamente un tipo de manipulación interpersonal. Después de todo, volvemos a la pregunta inicial que atribuimos al título de este artículo: ¿Existen injusticias hermenéuticas en el derecho? Una respuesta afirmativa, a la que nos inclinamos, implicará la reconsideración del elemento puramente estructural que, según Fricker, caracteriza este tipo de injusticia epistémica.

REFERENCIAS

BARBERIS, Mauro. El realismo jurídico europeo-continental. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis, NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (coord.). Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, Vol. 1, 2015, p. 227. Ciudad de México: UNAM, 2015.

CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni. *La justificación de la decisión judicial*. Tradução de Álvaro Nuñez Vaquero. Lima: Palestra Editores, 2021.

CHIASSONI, Pierluigi. *Técnicas de interpretación jurídica: breviarío para juristas*. Traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora. Madrid: Marcial Pons, 2011.

COHEN, Jonathan. *An Essay on Belief and Acceptance*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad em el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

FRICKER, Miranda. "Epistemic Justice as a Condition of Political Freedom". *Synthese* vol. 190, Issue 7: 1317-1332, 2013. <https://www.jstor.org/stable/41931810>

FRICKER, Miranda. "Epistemic Injustice and the Preservation of Ignorance". In: Peels, R. and Blaauw, M., (eds.). *The Epistemic Dimensions of Ignorance*. Cambridge University Press, 2016, pp. 144-159.

FRICKER, Miranda; JENKINS, Katharine. Epistemic Injustice, Ignorance and Trans Experience". *The Routledge Companion to Feminist Philosophy*. New York: Taylor and Francis, 2017, pp. 268-278.

FRICKER, Miranda. "Evolving Concepts of Epistemic Injustice". *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, edited by Kidd, Ian James; Medina, José; Pohlhaus, Gaile. London and New York: Routledge, 2017.

FRICKER, Miranda. Institutionalized Testimonial Injustices: The Construction of a Confession Myth. *Journal od Dialectics of Nature*, Special Issue on Epistemic Injustice, 2022.

FYFE, Shannon. Testimonial Injustice in International Criminal Law. *Symposion: Theoretical and Applied Inquiries in Philosophy and Social Sciences*, vol. 5, núm. 2, 2018, pp. 155-171, <https://doi.org/10.5840/symposion20185213>

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Traducción de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

HARRIS, Anne-Marie G. Shopping while black: Applying 42 U.S.C. § 1981 to cases of consumer racial profiling. *Boston College Third World Law Journal*, v. 23, n. 1, 2003.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

JENKINS, Katharine. Rape Myths and Domestic Abuse Myths as Hermeneutical Injustices. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 34, núm. 2, fevereiro 2017, pp. 191-205. <https://doi.org/10.1111/japp.12174>

LACKEY, Jennifer. False Confessions and Testimonial Injustice. *The Journal of Criminal Law and Crimonology* vol. 110, núm. 1, Winter 2020. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol110/iss1/4>LACKEY Jennifer. Eyewitness Testimony and Epistemic Agency. *Noûs*, vol. 56, núm. 3, pp. 1-20, 2021. <https://doi.org/10.1111/nous.12380>

LACKEY, Jennifer. *Criminal Testimonial Injustice*. Oxford: Oxford University Press, 2023 (proximamente).

LEITER, Brian. Realismo jurídico estadounidense. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis, NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (coord.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. 1, 2015, p. 241. Ciudad de México: UNAM, 2015.

MASON, Rebecca. Two Kinds of Unknowing. *Hypatia*, vol. 26, núm. 2, pp. 294–307, 2011.

MATIDA, J. (2020). É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal. *Limite Penal*, mayo 22, 2020. <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/limitepenal-preciso-superar-injusticas-epistemicas-prova-testemunhal>

MAITRA, Ishani. The Nature of Epistemic Injustice. *Philosophical Books*, vol. 51, n. 4, October 2010, pp. 195–211.

MEDINA, José. Hermeneutical Injustice and Polyphonic Contextualism: Social Silences and Shared Hermeneutical Responsibilities. *Social Epistemology*, vol. 26, núm. 2, pp. 201–220, 2012. <https://doi.org/10.1080/02691728.2011.652214>

MEDINA, José. *The Epistemology of Resistance*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MEDINA, José. Agential Epistemic Injustice and Collective Epistemic Resistance in the Criminal Justice System. *Social Epistemology: A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, Volume 35, 2021. <https://doi.org/10.1080/02691728.2020.1839594>

MEDINA, José. Varieties of Hermeneutical Injustice. *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, edited by Kidd, Ian James; Medina, José; Pohlhaus, Gaile. London and New York: Routledge, 2017.

MEDINA, José. The Relevance of Credibility Excess in a Proportional View of Epistemic Injustice: Differential Epistemic Authority and the Social Imaginary. *Social Epistemology*, Special Issue, vol. 25, núm. 1, 2011, pp. 15–35.

POHLHAUS, Jr., Gaile. Relational Knowing and Epistemic Injustice: Toward a Theory of Willful Hermeneutical Ignorance. *Hypatia*, vol. 27, núm. 3, pp. 715–735, 2012. <https://www.jstor.org/stable/23352291>

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: quando o direito diz o que não queremos ouvir. MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 119–152.

TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Tradução de Diego del Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013.

TOWNSEND, Dina Lupin; TOWNSEND, Leo. Epistemic Injustice and Indigenous Peoples in the Inter-American Human Rights System. *Social Epistemology*, vol. 35, núm. 2, pp. 147–159, 2021. <https://doi.org/10.1080/02691728.2020.1839809>

Authorship information

Rachel Herdy. Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, campus Viña del Mar. Doctora en Sociología (Universidade do Estado do Rio de Janeiro). rachel.herdy@uai.cl

Carolina Castelliano. Doutora em Direito, Programa de Posgrado en Derecho, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Defesora Pública Federal. Dirección: carolina.castelliano@gmail.com

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Acknowledgement: Agradecemos las críticas y comentarios que recibimos de los participantes en dos eventos en los que tuvimos la oportunidad de presentar este trabajo, ambos en noviembre de 2022: las Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho, realizadas en la Universidad Austral de Chile, Valdivia; y el Seminario Injusticias Epistémicas: de las Formas Interpersonales a las Institucionales, realizado en la Universidad de la Frontera, Pucón. En particular, agradecemos a Leandro de Brasi, por habernos brindado tan fructífero encuentro con Miranda Fricker en Pucón; a Dayra Olmos por su cuidadosa revisión del español; y a Marcelo Espinosa y Diego Pardo por la ayuda idiomática final.

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Rachel Herdy*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Carolina Castelliano*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 30/12/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/12/2022
- Review 1: 15/01/2023
- Review 2: 16/01/2023
- Review 3: 22/01/2023
- Preliminary editorial decision: 11/02/2023
- Correction round return 1: 02/03/2023
- Preliminary editorial decision 2: 02/03/2023
- Correction round return 2: 03/03/2023
- Final editorial decision: 13/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (JM, AP)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

HERDY, Rachel; CASTELLIANO, Carolina. ¿Existen injusticias hermenéuticas en el derecho? Una lectura realista de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 101-128, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.796>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.