

Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia

FEDERICO JOSÉ ARENA
COORDINADOR



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



DERECHOS
HUMANOS



ESCUELA
FEDERAL DE
FORMACIÓN
JUDICIAL

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO

Q120.113
M368m

Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia / coordinador Federico José Arena ; esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; introducción Federico José Arena. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
1 recurso en línea (xxiv, 454 páginas ; 24 cm.)

Material disponible solamente en PDF.

En la portada: Derechos Humanos; Escuela Federal de Formación Judicial

Contenido: Estereotipos y prejuicios en el ámbito jurídico desde una perspectiva psicosocial / Joaquín Ungaretti y Edgar Etchezahar -- Los estereotipos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos / Alexandra Timmer y Lorena Sosa -- La generalidad y la diferenciación del derecho, con especial atención a los estereotipos y su uso / Frederick Schauer -- Estereotipos, interseccionalidad y desigualdad estructural / Dolores Morondo Taramundi -- Estereotipos normativos y autonomía personal / Federico José Arena -- Estereotipos y hechos en el proceso / Federico José Arena -- Generalizaciones no espurias, estadísticas y conocimiento de los hechos / Frederick Schauer -- Aproximación a los estereotipos como elementos del razonamiento judicial a través de las presunciones / Elena Ghidoni -- "Cultura de la violación" y razonamiento judicial : los estereotipos sexuales en la jurisprudencia de las altas cortes de la región / Julieta Di Corleto -- Estereotipos en el ámbito laboral y de seguridad social / Francisca Pou Giménez y Angélica Mabel Huerta Ruiz -- Delitos odiosos como delitos de odio / María Laura Manrique

ISBN 978-607-552-262-3

1. Impartición de justicia – Discriminación – Metodología – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Sentencias – Análisis 3. Tribunal europeo de Derechos humanos – Derecho a la no discriminación – Jurisprudencia 4. Razonamiento judicial – Derecho al debido proceso 5. Cortes supremas – Violencia de genero – Jurisprudencia – Derecho comparado – América 6. Relación de trabajo – Sentencias de Amparo – Crítica I. Arena, Federico José, coordinador, autor de introducción II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Derechos Humanos
LC KGF3008

Primera edición: febrero de 2022

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia

FEDERICO JOSÉ ARENA
COORDINADOR

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Loretta Ortiz Ahlf
Ministro Alberto Pérez Dayán

Dirección General de Derechos Humanos

Mtra. Regina Castro Traulsen
Directora General

Contenido

Presentación	XI
Introducción	XV

Capítulo I

Estereotipos y prejuicios en el ámbito jurídico desde una perspectiva psicosocial <i>Joaquín Ungaretti y Edgardo Etchezahar</i>	1
I. Discriminación en la impartición de Justicia	3
II. Estereotipos: Perspectivas teóricas y procesos involucrados en su formación.....	7
III. Modelos de intervención para el cambio de los estereotipos	24
Bibliografía	35

Capítulo II

Los estereotipos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos <i>Alexandra Timmer y Lorena Sosa</i>	49
I. Introducción.....	51

II. Comprender los estereotipos y su relación con la discriminación.....	53
III. El enfoque antiestereotipos del TEDH: una aproximación general.....	61
IV. Críticas y limitaciones.....	80
V. El camino a seguir: la adjudicación de los estereotipos	92
VI. Conclusiones.....	95
Bibliografía	95

Capítulo III

La generalidad y la diferenciación del derecho, con especial atención a los estereotipos y su uso

<i>Frederick Schauer</i>	111
I. Introducción.....	113
II. El rol de las reglas en el derecho	115
III. Sobre dar razones	117
IV. El alcance del precedente.....	119
V. Generalidad y relevancia probatoria.....	122
VI. La inevitabilidad del uso de estereotipos.....	125
VII. Conclusión	133
Bibliografía	134

Capítulo IV

Estereotipos, interseccionalidad y desigualdad estructural

<i>Dolores Morondo Taramundi</i>	141
I. Introducción.....	143
II. La interseccionalidad	144
III. Poner en relación la interseccionalidad con los estereotipos.....	154
IV. La interseccionalidad y el análisis de los estereotipos: claves de lectura de la desigualdad estructural.....	166
V. Conclusiones.....	172
Bibliografía	173

Capítulo V

Estereotipos normativos y autonomía personal

<i>Federico José Arena</i>	179
I. Introducción.....	181
II. Estereotipos normativos	188
III. Las exigencias de la autonomía personal.....	195
IV. Estereotipos normativos en la jurisprudencia internacional	200
V. Conclusiones.....	211
Bibliografía	213

Capítulo VI

Estereotipos y hechos en el proceso

<i>Federico José Arena</i>	217
I. Introducción.....	219
II. Aproximación a las contribuciones de la perspectiva de género para abordar los estereotipos en el razonamiento probatorio.....	225
III. Normas sociales y generalizaciones en el razonamiento probatorio	231
IV. Volviendo al razonamiento probatorio	237
V. Conclusiones.....	243
Bibliografía	244

Capítulo VII

Generalizaciones no espurias, estadísticas y conocimiento de los hechos

<i>Frederick Schauer</i>	249
I. Betty Smith y el Problema del Autobús Azul.....	251
II. La generalidad de las estadísticas y las estadísticas de la generalidad	254
III. Inferencia probabilística en un mundo “a todo o nada”.....	259
IV. Individualidad y fiabilidad.....	264

V. La naturaleza no individual de la evidencia individualizada....	273
Bibliografía	279

Capítulo VIII

Aproximación a los estereotipos como elementos del razonamiento judicial a través de las presunciones

<i>Elena Ghidoni</i>	287
I. Introducción.....	289
II. Los estereotipos desde la perspectiva crítica iusfeminista	292
III. Estereotipos y prueba: algunos apuntes críticos	299
IV. Las presunciones: un <i>continuum</i> entre la prueba y el derecho sustantivo	305
V. El estereotipo-presunción en el razonamiento del TEDH y el CEDAW.....	310
VI. Conclusión.....	317
Bibliografía	318

Capítulo IX

“Cultura de la violación” y razonamiento judicial Los estereotipos sexuales en la jurisprudencia de las altas cortes de la región

<i>Julieta Di Corleto</i>	327
I. Introducción.....	329
II. Prejuicios y perjuicios en el procesamiento de casos de violencia de género	332
III. La “violación real” y sus estereotipos derivados.....	335
IV. Estereotipos sexuales: un recorrido por las decisiones de las altas cortes de la región.....	338
V. Razonamiento judicial sin estereotipos	349
VI. Desmantelando la “cultura de la violación”	350
VII. El diálogo iniciado y pendiente con la jurisprudencia interamericana.....	354

VIII. Conclusiones.....	358
Bibliografía.....	359

Capítulo X

Estereotipos en el ámbito laboral y de seguridad social

<i>Francisca Pou Giménez y Angélica Mabel Huerta Ruiz</i>	365
I. Introducción.....	367
II. Estereotipos discriminatorios en las relaciones laborales formales.....	370
III. Estereotipos discriminatorios en el ámbito de las relaciones laborales no formalizadas.....	392
IV. Conclusiones.....	404
Bibliografía.....	408

Capítulo XI

Delitos odiosos como delitos de odio

<i>María Laura Manrique</i>	413
I. Introducción.....	415
II. El odio y los motivos emocionales.....	418
III. Lo odioso de los delitos.....	428
IV. Emociones y estereotipos.....	435
V. La presión de lo odioso sobre el odio.....	440
VI. Conclusiones: ¿Por qué distinguir el odio de lo odioso?.....	448
Bibliografía.....	450

Presentación

En los últimos diez años, el derecho en nuestro país ha atravesado una verdadera revolución. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dio lugar a un nuevo paradigma a partir del cual el lenguaje del derecho se ha transformado. En esta década se amplió el parámetro de regularidad constitucional, se consignaron herramientas interpretativas novedosas, se estableció la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y recientemente se afirmó la obligación de las y los jueces federales de realizar un control oficioso de convencionalidad de todas las normas sujetas a su conocimiento, entre muchos otros desarrollos.

A pesar de estos cambios dramáticos en nuestro sistema, el modelo de formación y capacitación de personal jurisdiccional y los materiales de apoyo se habían mantenido estáticos y no evolucionaron a la par. Por ello, desde el inicio de mi gestión como Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal sostuve la necesidad de consolidar un nuevo perfil de las personas juzgadoras, sustentado en la formación de las competencias y habilidades propias del nuevo paradigma constitucional.

En ese contexto, y teniendo en mente las necesidades formativas de nuestros operadores de justicia, la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema

Corte y la Escuela Federal de Formación Judicial diseñaron el proyecto editorial *Manuales de Actuación*, dirigido especialmente al personal jurisdiccional. Los *Manuales* buscan ser verdaderas herramientas didácticas que, por un lado, faciliten la resolución de los casos a la luz de los estándares más actualizados en derechos humanos, y por el otro, contribuyan a la formación especializada en temas esenciales para la impartición de justicia.

Así, los *Manuales* abordan temas que han sido poco explorados en la formación de las y los impartidores de justicia, aun cuando resultan trascendentales para su labor. Algunos *Manuales* desarrollan conocimientos transversales a la función jurisdiccional, con independencia de la materia. Otros buscan profundizar sobre temas específicos en diversas materias como penal, civil o laboral.

Cada *Manual* es coordinado académicamente por una persona experta en el tema. Por su parte, los capítulos son escritos por personas nacionales e internacionales que fueron cuidadosamente elegidas a partir de su formación y experiencia. El eje rector, en todo momento, ha sido fortalecer la impartición de justicia con herramientas pedagógicas accesibles, y claras, en línea con nuestra visión de una nueva formación judicial.

En ese contexto, me complace presentar el *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia* que tiene en sus manos. Como lo indica su título, en este *Manual* se analizan las diferentes formas en las que los estereotipos inciden en la procuración e impartición de justicia.

Los estereotipos como proceso de categorización previa de las personas según el género, raza, procedencia étnica, edad, discapacidad, entre otros, forman parte de una herencia social e histórica; sin embargo, en el ámbito jurídico su presencia puede abonar a la desigualdad estructural, ya sea que incidan de manera explícita o implícita.

El artículo primero de nuestra Constitución federal prohíbe explícitamente cualquier tipo de discriminación basada en alguna categoría protegida, asimismo, el

artículo cuarto reconoce la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres. Es por ello que resulta fundamental identificar aquéllos estereotipos presentes en la cultura jurídica, para lograr prevenir o contrarrestar los posibles efectos perjudiciales que derivan de las concepciones o de la imposición de determinados roles a las personas.

El *Manual* que tengo el placer de presentar es una herramienta indispensable para hacer realidad ese objetivo. Con una estructura clara y didáctica, el texto ofrece aportaciones teóricas y académicas, así como análisis jurisprudencial de tribunales constitucionales y de derechos humanos, con el fin de ofrecer a las personas operadoras de justicia de nuestro país un panorama tanto teórico como práctico para identificar cuándo nos encontramos frente a un estereotipo y con ello neutralizar su incidencia en las decisiones judiciales.

A través de los once capítulos que componen este proyecto, se busca responder a una interrogante común: ¿Cómo garantizar una justicia sin estereotipos de ningún tipo que puedan discriminar implícita o explícitamente a las personas?, para resolver esta interrogante las personas autoras lograron abordar algunos puntos clave: cómo lograr la identificación de estereotipos, cómo visibilizar los impactos que generan, cómo proporcionar estrategias jurídicas para mitigar sus efectos, identificar la relación con la interseccionalidad, así como las implicaciones en el razonamiento probatorio.

De manera particular, el *Manual* dedica un primer apartado a definir el concepto y las funciones de los estereotipos desde la perspectiva psicosocial. La segunda parte ubica diversas vertientes en las que los estereotipos inciden en el ámbito jurídico. La tercera parte analiza la presencia de los estereotipos dentro del razonamiento judicial. Por último, la cuarta parte aborda de manera más específica la forma en la que se presentan los estereotipos en cuestiones concretas, concretamente en los delitos sexuales, el ámbito laboral y delitos de odio.

Por ello, con miras a proporcionar herramientas que auxilien a las personas juzgadoras en su labor jurisdiccional en todas las materias, reduciendo los impactos

negativos que resultan de la incidencia de los estereotipos en el ámbito de la justicia, principalmente el de la discriminación, se ha creado este *Manual* el cual estoy convencido, facilitará el cumplimiento de esa labor.

Ministro Arturo Zaldívar

*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Introducción

Los ordenamientos jurídicos en general, y quienes imparten justicia en particular, deben dar respuesta a la exigencia, ya instalada en la mayoría de las culturas jurídicas, de prevenir o contrastar los efectos perjudiciales de los estereotipos sociales. Esos efectos se manifiestan, sobre todo, en la distribución de derechos y obligaciones; pues con cierta frecuencia estas se apoyan, de manera explícita o implícita, en estereotipos de género, raza, procedencia étnica, edad, entre otros. Los estereotipos pueden incidir en esas decisiones de diferentes maneras. Por un lado, las normas que deben ser aplicadas pueden ellas mismas reflejar o ser la consecuencia de ciertos estereotipos. Es decir, la creación de normas generales, dirigidas a regular el comportamiento de un buen número de personas, puede estar apoyada, consciente o inconscientemente, en estereotipos de diferente naturaleza. Por otro lado, los estereotipos también pueden afectar el razonamiento mismo de las personas encargadas de impartir justicia; ya sea afectando el modo en que interpretan las disposiciones normativas para identificar normas jurídicas, ya sea modelando las inferencias a partir de las cuales evalúan los elementos de prueba para determinar los hechos sobre los cuáles tomar una decisión.

A pesar del consenso acerca de la necesidad de prevenir o contrastar los efectos perjudiciales de los estereotipos sociales, no es siempre claro cuál es la manera en que las personas impartidoras de justicia deben hacerlo. Por un lado, porque si bien a veces la influencia de los estereotipos está frente a los ojos de todos,

otras veces estos funcionan de manera implícita. Ello es así puesto que los estereotipos son formas compartidas de esquematizar la realidad, y debido a esa familiaridad, frecuentemente, logran esconderse detrás de afirmaciones que parecen de sentido común. Todo lo cual exige elaborar instrumentos que permitan advertir cuándo estamos frente a un estereotipo, cuáles son sus elementos y cómo funciona. Por otro lado, dado que suelen presentarse dificultades para precisar qué es lo que está mal con el uso de estereotipos, —es decir, cuál o cuáles son los daños provocados por el uso de estereotipos— en consecuencia, no resulta sencillo determinar el tipo de remedio jurídico necesario para contrarrestarlos.

Para que las personas impartidoras de justicia se vean en condiciones de satisfacer la exigencia de combatir los estereotipos dañinos resulta entonces indispensable elaborar herramientas teórico-analíticas para, primero, identificar estereotipos, segundo, advertir el tipo o los tipos de daño que producen y, tercero, diseñar los remedios jurídicos para neutralizar sus efectos, evitando que incidan en el modo en que obligaciones y derechos son distribuidos.

El presente manual tiene por finalidad ofrecer algunas de esas herramientas. Tal como se indicará más abajo al describir el contenido de cada capítulo, en el manual se avanzará en la especificación de los elementos constitutivos de los estereotipos y de su funcionamiento, a partir de los hallazgos de investigaciones en ciencias cognitivas y psicología, pero también a partir de los usos del término en el discurso jurídico. Además, se analizarán los diferentes modos en que los estereotipos pueden incidir en la distribución de derechos y obligaciones, ya sea en la formulación de normas generales, en la interpretación de disposiciones normativas o en el razonamiento probatorio.

Contar con las herramientas que se proponen en este manual es de gran importancia, porque permiten abordar con claridad y precisión una exigencia central para el combate contra la discriminación. Pero también porque a través de ellas es posible satisfacer uno de los valores que se espera instancie la tarea de impartir justicia; a saber, la generación y satisfacción de expectativas justificadas acerca del contenido de las decisiones judiciales futuras. En efecto, las dificultades arriba mencionadas, respecto de la exigencia de evitar los efectos perjudiciales de los

estereotipos, producen cierta dispersión en las decisiones jurisdiccionales. Desde luego, esa dispersión se refleja en su contenido, pero también en las bases y las estructuras argumentativas en las que tales decisiones se apoyan. Un escenario de ese tipo impide que los destinatarios puedan formar expectativas acerca de cómo será procesada y analizada su demanda de protección frente a estereotipos dañinos. Precisamente, a través de las herramientas ofrecidas en este manual se persigue lograr identificar criterios teórico-normativos y estructuras argumentativas que permitirán enfrentar de manera estable y compartida el uso de estereotipos. La estabilidad y la convergencia respecto de criterios y estructuras argumentativas son condiciones necesarias para la formación de expectativas.

El manual contiene once capítulos organizados en cuatro grupos según ejes temáticos. El primer eje incluye únicamente el capítulo número uno y está destinado a introducir la noción de estereotipo y otras adyacentes, tales como prejuicio, sesgos, etcétera, a partir de los estudios en ciencias cognitivas y psicología social. Se trata de un capítulo fundamental para poder adentrarse en el ámbito jurídico con herramientas conceptuales precisas. Indudablemente, este capítulo exige a las y los juristas incursionar en disciplinas que no estamos acostumbrados a visitar, pero el esfuerzo resultará de provecho. El segundo eje, conformado por los capítulos dos a cinco, incluye diferentes abordajes teóricos del uso de estereotipos en el ámbito jurídico; tales como el enfoque anti-estereotipos, la concepción de los estereotipos como generalizaciones, las relaciones con la interseccionalidad y la incidencia de los estereotipos en la autonomía personal. El tercer eje está integrado por los capítulos seis a ocho y aborda la incidencia de los estereotipos en el razonamiento probatorio. Finalmente, los capítulos nueve a once conforman un cuarto eje destinado a analizar la incidencia de estereotipos en ámbitos específicos, a saber, los delitos sexuales, el contexto laboral y los delitos de odio. A continuación, se explica brevemente cada uno de esos ejes y el contenido de cada capítulo.

El término “estereotipo” está ya instalado en la práctica jurídica, por lo general es usado para hacer referencia a enunciados que reflejan tanto actitudes discriminatorias hacia grupos sociales, como cierta pereza epistemológica, ya que quien usa un estereotipo no suele esforzarse por revisarlo. Sin embargo, a pesar de esta

difusión, el abordaje institucional de los estereotipos exige que los criterios de uso del concepto sean explicitados con precisión; a través de un análisis que tenga en cuenta tanto los avances científicos acerca del uso de estereotipos, como los usos ya existentes del concepto por parte de las y los operadores jurídicos. Este es el objetivo principal del primer capítulo, titulado “Estereotipos y prejuicios en el ámbito jurídico desde una perspectiva psicosocial” escrito por Edgardo Etchezahar y Joaquín Ungaretti, ambos investigadores del Conicet, Argentina. Los autores presentan los hallazgos recientes de las investigaciones y las discusiones en las ciencias cognitivas y la psicología social acerca de la influencia de los estereotipos en la toma de decisiones de las personas agentes que conforman el ámbito jurídico. Asimismo, discuten sus implicaciones prácticas y proponen, de manera preliminar, estrategias para su abordaje. Ciertamente, el análisis de los diferentes usos de estereotipos dentro del discurso jurídico es retomado en los capítulos siguientes.

Los capítulos que forman parte del segundo eje están dedicados a introducir los análisis primordiales que, en ámbito teórico-jurídico, han sido propuestos para enfrentar el problema de los estereotipos. El capítulo dos “Los estereotipos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, de Lorena Sosa y Alexandra Timmer, ambas profesoras de la Universidad de Utrecht, Países Bajos, analiza los estereotipos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH— e introduce con precisión uno de los abordajes pioneros sobre los estereotipos en general, desarrollado por la misma Timmer, a saber, el enfoque o principio anti-estereotipos. Desde este punto de vista, los estereotipos deben ser señalados, etiquetados y combatidos por el ordenamiento jurídico. Se trata quizás del modo más extendido de hacer frente a todos los estereotipos y coincide con las formas más difundidas de usar y entender la etiqueta “estereotipo”. El capítulo también explora las limitaciones de ese enfoque, sobre todo, respecto de los estereotipos de género y procura construir un enfoque anti-estereotipos mejorado que avance en un análisis interseccional. Un análisis de este tipo permite examinar de cerca las instituciones, las funciones y las tecnologías públicas que sustentan la desigualdad de género.

En el capítulo tres, Frederick Schauer, profesor de la Universidad de Virginia, Estados Unidos, propone emplear las herramientas conceptuales asociadas con

las generalizaciones y la categorización para comprender tanto ciertos aspectos generales del derecho, como también el funcionamiento de algunas clases de estereotipos. Según la propuesta avanzada en este capítulo, de título “La generalidad y la diferenciación del derecho, con especial atención a los estereotipos y su uso”, es importante distinguir entre los estereotipos que es justificable condenar y los estereotipos que son parte necesaria de la inevitable generalidad del derecho. En este sentido, es indispensable aprovechar la disponibilidad de información estadística para evaluar la precisión o no de los estereotipos, ya que estos funcionan del mismo modo en que lo hacen las generalizaciones. Sobre esta base, Schauer propone los siguientes criterios para el abordaje de los estereotipos. En la medida en que son generalizaciones empíricamente infundadas sobre género, orientación sexual o grupos raciales, étnicos y religiosos, han de ser condenados. También deben ser condenados los estereotipos sobre tales grupos, incluso si cuentan con cierto apoyo estadístico, cuando ello es indispensable para proteger ciertos valores de igualdad social y moral. Pero los estereotipos son generalizaciones y, sostiene Schauer, es un error condenar todos los estereotipos y todas las generalizaciones. El derecho mismo se basa en gran medida en la generalización, las normas jurídicas son necesariamente generales. Comprender el funcionamiento de las generalizaciones es entonces fundamental para comprender el derecho, pero también, señala Schauer, es indispensable para afinar nuestro modo de enfrentar los efectos perjudiciales de los estereotipos.

A continuación, en el capítulo cuatro, cuyo título es “Estereotipos, interseccionalidad y desigualdad estructural”, Dolores Morondo Taramundi, de la Universidad de Deusto, España, introduce mayores precisiones acerca de la necesidad de incorporar la perspectiva de la interseccionalidad para enfrentar el fenómeno de los estereotipos. En efecto, la autora sostiene que el uso de estereotipos refleja actitudes discriminatorias provenientes de diferentes dimensiones de las personas, lo cual exige entonces evitar los efectos negativos de un abordaje unidimensional del fenómeno. Morondo Taramundi explora la relación entre la interseccionalidad y los estereotipos a través del examen de diversas sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos. Los estereotipos interseccionales son aquellos que caracterizan de maneras diversas a las personas pertenecientes a grupos que sufren discriminación por dos o más motivos. Pero, señala la autora,

la introducción de la perspectiva de la interseccionalidad no se agota en la identificación de tales estereotipos complejos, sino que ofrece, además, claves de lectura sobre la raíz estructural de la desigualdad y sobre el papel que ha de asumir el derecho antidiscriminatorio en la transformación de la desigualdad estructural.

Finalmente, en el capítulo cinco, titulado “Estereotipos normativos y autonomía personal”, del cual soy autor, busco mostrar que las demandas en contra de la discriminación producida por estereotipos están justificadas no solo en el principio de igualdad, sino también, y en buena parte, en el valor de la autonomía personal. En particular, ello es así cuando la demanda se presenta en contra de lo que podemos denominar usos normativos de los estereotipos; es decir, los estereotipos que pretenden imponer de manera opresiva roles a determinados grupos sociales, incidiendo en la identidad de las personas y en la posibilidad de estas de ejercer su propia autonomía. Esta vinculación entre estereotipos, identidad y autonomía no es siempre advertida por quienes condenan el uso de estereotipos, pero puede rastrearse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A partir del análisis de decisiones paradigmáticas de estas cortes intento precisar el contenido de la exigencia y mostrar que las demandas allí contenidas pueden ser leídas a la luz del valor de la autonomía.

El tercer eje, que abarca del capítulo seis al ocho, está dedicado fundamentalmente a indagar el modo en que los estereotipos inciden en el razonamiento probatorio. En primer lugar, en el capítulo seis, también de mi autoría y cuyo título es “Estereotipos y hechos en el proceso”, realizo una presentación general de la relación entre estereotipos, generalizaciones y categorías sociales en el contexto de la construcción de narraciones y la evaluación de elementos de prueba. Los estereotipos pueden infiltrarse en el razonamiento probatorio de la jueza o el juez, es decir, en el razonamiento que debe elaborar para justificar la premisa menor o premisa fáctica de su decisión. El hecho que los estereotipos puedan infiltrarse en ese proceso es inevitable, dado el papel que en ese proceso juegan las generalizaciones. Efectivamente, más allá de los diferentes modos en que las y los teóricos de la prueba reconstruyen el razonamiento probatorio, en todos ellos se señala el papel indispensable que juegan las generalizaciones en la justificación

del paso de los datos probatorios a los hechos probados. Además, el empleo de categorías acerca de grupos sociales resulta inevitable para la construcción de narraciones, indispensables para la elaboración de la premisa fáctica. El análisis llevado a cabo en este capítulo servirá, además, de contexto para enfrentar el contenido del capítulo siguiente, escrito por Frederick Schauer, dedicado a un análisis más detallado y teóricamente exigente del modo en que las generalizaciones estadísticas permiten fundar inferencias probatorias, diferenciándose de una constatación individual.

En efecto, en el capítulo siete, “Generalizaciones no espurias, estadísticas y conocimiento de los hechos”, Schauer busca llamar la atención sobre la forma en que la discusión sobre el uso de la estadística en ámbito probatorio se vincula más estrechamente de lo que la literatura reconoce con el problema, más amplio, de la generalidad en la toma de decisiones. Un aspecto central del problema de la generalidad es cómo determinar cuándo deberíamos y cuándo no deberíamos utilizar indicadores estadísticamente fiables, pero no universales, como, por ejemplo, algunos estereotipos. En este sentido, el problema de la generalidad en ámbito probatorio se traduce en el problema de la inferencia estadística y, por tanto, se trata de problemas relacionados con la sabiduría o justicia de utilizar indicadores estadísticos no universales, pero no espurios para tomar decisiones sobre los hechos. Identificar criterios al respecto es indispensable para abordar la incidencia de estereotipos en el razonamiento probatorio, dadas las similitudes entre estos últimos y las generalizaciones.

En el capítulo ocho, “Aproximación a los estereotipos como elementos del razonamiento judicial a través de las presunciones”, Elena Ghidoni, de la Universidad de Deusto, España, procede al escrutinio de las presunciones legales, con el objetivo de identificar criterios que permitan evitar que estas sirvan de escondite a estereotipos dañinos. Ghidoni comienza señalando algunas deficiencias del enfoque que se limita a concebir los estereotipos como generalizaciones y postula enseguida la necesidad de asumir una perspectiva más amplia que permita advertir los rasgos que los estereotipos comparten con otros mecanismos propios del derecho. Siguiendo el hilo de la teoría y la epistemología feministas en el derecho, la autora analiza algunas sentencias de tribunales regionales de derechos humanos

con el objetivo de identificar estereotipos que emergen, en forma más o menos explícita, con características parecidas a las presunciones legales, relativas o absolutas. La comparación entre estereotipos y presunciones tiene una doble función. Primero, la de reafirmar la necesidad de una aproximación crítica al derecho y su pretendida objetividad y neutralidad. Segundo, la de arrojar luz sobre la estructura misma de los estereotipos, sus elementos, funciones y efectos, para desarrollar estrategias de identificación y evaluación, reestableciendo así los cánones de racionalidad e imparcialidad dentro del proceso.

Por último, el cuarto eje está destinado a poner en funcionamiento el conjunto de herramientas introducido en los capítulos previos para analizar y formular propuestas acerca de cómo enfrentar los estereotipos presentes en ciertos ámbitos específicos. Así, en el capítulo nueve, de título “‘Cultura de la violación’ y razonamiento judicial. Los estereotipos sexuales en la jurisprudencia de las altas cortes de la región”, Julieta Di Corleto, de la Defensoría General de la Nación, Argentina, analiza un amplio cuerpo de decisiones judiciales dictadas en Argentina, Chile, Colombia, México y Perú, referidas, en especial, a la prueba del consentimiento en casos de violencia de género. A través de ese recorrido, Di Corleto muestra los avances hechos en el combate contra los estereotipos sexuales, identifica los instrumentos desarrollados por las diferentes cortes y señala lo que todavía queda por hacer. El objetivo del capítulo es identificar y clasificar patrones de razonamientos que, basados en estereotipos prescriptivos, limitan la autonomía sexual de las personas. A pesar de que en las últimas décadas las legislaciones de estos países han abandonado las definiciones de consentimiento centradas en la fuerza del agresor o la resistencia de la víctima, Di Corleto advierte la persistencia de antiguas fórmulas legales en las decisiones de los tribunales. En este recorrido, el capítulo reflexiona sobre la necesidad de promover nuevos modelos de razonamiento judicial basados en la reconceptualización del consentimiento en los delitos sexuales.

Por su parte, en el capítulo diez, Francisca Pou Giménez y Angélica Mabel Huerta Ruiz se detienen con precisión en el modo en que los estereotipos inciden en los derechos laborales y de la seguridad social. El capítulo, titulado “Estereotipos en el ámbito laboral y de seguridad social”, muestra cómo los estereotipos operan

en distintos momentos de la relación laboral, desde el momento precontractual, al firmarse los contratos, en la definición formal o informal de las condiciones en las que se desarrolla el trabajo y en el momento de la terminación de la relación laboral. Pou Giménez y Huerta Ruiz analizan un conjunto de amparos directos dictados por tribunales colegiados mexicanos en materia laboral y sentencias relacionadas con seguridad social y convivencias familiares simultáneas. Poner la mirada en esa jurisprudencia permite advertir los problemas del entendimiento tradicional del “trabajo” y de los confines del “ámbito laboral” e identificar las prácticas de subordinación de género, atravesadas de estereotipos, en la resolución administrativa y judicial de reclamos vinculados al ámbito laboral y de la seguridad social.

Cierra el manual con el capítulo once, escrito por Laura Manrique, investigadora del Conicet, Argentina y titulado “Delitos odiosos como delitos de odio”. El capítulo estudia el modo en que estereotipos de género, referidos al origen étnico o a la edad moldean la identificación de delitos de odio. Es por ello que, la autora sostiene que el reproche de crímenes odiosos merece una cuidadosa atención porque, en ocasiones, la división entre “lo normal” y “lo repugnante”, entre aquello que “nosotros” hacemos y los que “solo un animal puede realizar” podría estar teñido por prejuicios, estereotipos y puntos de vistas irracionales.

Este breve recorrido por el contenido del manual permite advertir que el diseño de la obra busca ofrecer una mirada abarcante del fenómeno. Ello en cuanto se encuentran abordados problemas conceptuales referidos a la noción misma de estereotipos, problemas vinculados a la interpretación del derecho y cuestiones relativas al razonamiento probatorio. Todos puntos centrales para comprender y, en su caso, combatir el fenómeno del uso de estereotipos en el ámbito jurídico. Además, cada uno de los capítulos, a pesar de sus diferentes niveles de complejidad, están contruidos de manera tal que resulta posible identificar las herramientas teórico-argumentativas que se pretende poner a disposición de quienes tienen que impartir justicia. Con ello se busca que los argumentos aquí elaborados logren comunicarse con los argumentos que las y los juristas construyen y escriben en los textos que terminan en expedientes. No obstante, que el manual procure la completitud y la accesibilidad no quiere decir que ofrezca una mirada monolítica

del problema. Por el contrario, el diseño del manual ha sido pensado para ofrecer una visión plural del fenómeno de los estereotipos y los distintos modos para abordarlo. En efecto, y como podrá advertirse al leer cada uno de los capítulos, existen diferencias en el modo en que las personas que escriben perciben y proponen enfrentar los efectos discriminadores generados por los estereotipos. Contar con estas diferentes perspectivas es importante, pues el abordaje de los estereotipos involucra un conjunto de consideraciones valorativas que no admite una única respuesta. En este sentido, el manual se beneficia de la pluralidad de puntos de vista.

Por supuesto, el manual no pretende ni podría solucionar automáticamente los problemas que la incidencia de estereotipos produce en la decisión judicial. Tampoco constituye un instrumento autosuficiente ya que, por supuesto, el combate de los efectos perjudiciales de los estereotipos exige un abordaje desde diferentes perspectivas y con herramientas variadas. De todos modos, creo que el manual resultará útil como apoyo para la formación de las personas impartidoras de justicia y también como texto de consulta y referencia en el trabajo diario de estas últimas.

Federico José Arena
Coordinador del manual

Estereotipos y prejuicios en el ámbito jurídico desde una perspectiva psicosocial

Joaquín Ungaretti*
Edgardo Etchezahar**

* Doctor en Psicología por la Universidad de Buenos Aires. Profesor Adjunto de Psicología Social en la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), Argentina.

** Doctor en Psicología por la Universidad de Buenos Aires. Profesor Adjunto a cargo de Psicología Social en la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), Argentina.

Estereotipos y prejuicios en el ámbito jurídico desde una perspectiva psicosocial.

I. Discriminación en la impartición de justicia; II. Estereotipos: Perspectivas teóricas y procesos involucrados en su formación; III. Modelos de intervención para el cambio de los estereotipos en el ámbito jurídico.

I. Discriminación en la impartición de Justicia

Desafortunadamente, es posible constatar que, tanto históricamente como en la actualidad, los tribunales suelen tomar ciertas decisiones basándose en un trato discriminatorio injusto.¹ Por ejemplo, existe evidencia de que las personas afroamericanas en Estados Unidos tienen muchas más probabilidades de cumplir una condena en prisión cuando llegan a los 30 años, en comparación con las personas blancas.² Hay quienes argumentan que estas disparidades se basan en tasas de delitos diferenciales reales y otros factores legítimos; a pesar de esto los estudios muestran que, después de considerar varios factores legalmente relevantes, aún existen diferencias en los resultados de la justicia penal, basadas en la raza o la etnia de las personas acusadas.³ En otras palabras, la discriminación con base

¹ V. Beckman y Rodríguez, “Race, Ethnicity, and Official Perceptions in the Juvenile Justice System: Extending the Role of Negative Attributional Stereotypes”, en *Criminal Justice and Behavior*. Disponible en <https://doi:10.1177/00938548211004672>; Snowball y Weatherburn, “Does Racial Bias in Sentencing Contribute to Indigenous Overrepresentation in Prison?”, en *Australian and New Journal of Criminology*, 272-90.

² V. Avery, et al., “Race and Perceived Immorality in Stereotypes of Criminal Subtypes”, en *Basic and Applied Social Psychology*. Disponible en <https://doi.org/10.1080/01973533.2021.1931220>; Pettit y Wester, Mass Imprisonment and the Life Course: Race and Class Inequality in U.S. “Incarceration”, en *American Sociological Review*, pp. 151-169. Disponible en <https://doi:10.1177/000312240406900201>.

³ V. Beckman y Rodríguez, *op. cit.*

en la raza o la etnia se puede encontrar en todo el sistema de justicia penal, independientemente del contexto geográfico que se tome en consideración.

Hasta cierto punto, estas injusticias pueden explicarse, —aunque no justificarse— por las asociaciones implícitas que existen entre ciertas categorías raciales y étnicas con la comisión de actos criminales.⁴ Específicamente, Yogeewaran *et al.* señalaron que esas asociaciones implícitas se originan en los procesos de socialización de los individuos y operan de manera inconsciente en las personas.⁵ Como tal, los estereotipos raciales o étnicos vinculados con la comisión de actos criminales dan lugar a que oficiales de policía y diferentes actores dentro del sistema de justicia penal interpreten toda información que se presente como ambigua, de una manera consistente con los estereotipos.⁶ En casos extremos, cuando se trata de procesos de toma de decisiones rápidas, estas asociaciones implícitas se activan de manera automática y pueden dar lugar al uso innecesario de fuerza letal. En otras palabras, algunos procesos psicológicos básicos que subyacen a la formación y sostenimiento de los estereotipos y los prejuicios, y que operan de manera implícita, pueden explicar —al menos parcialmente— las notables disparidades raciales y étnicas que se encuentran cotidianamente en los tribunales de todas partes del mundo.⁷

Si bien el estudio científico de los estereotipos y el prejuicio, como temáticas propias de las ciencias sociales, surgió alrededor de 1920,⁸ la investigación psicológica ha mostrado que la etnia, la raza, el sexo y la nacionalidad son algunas

⁴ Cf. Eberhardt, *et al.*, “Seeing Black: Race, Crime, and Visual Processing”, en *Journal of Personality and Social Psychology*, pp. 876-893. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.87.6.876>; James, The stability of implicit racial bias in police officers en *Police Quarterly*, pp. 30-52.

⁵ Cf. Yogeewaran, *et al.*, “Understanding the nature, measurement, and utility of implicit intergroup biases”, en *The Cambridge handbook of the psychology of prejudice*, pp. 241-266.

⁶ Cf. Lantz, *et al.*, “Stereotypical hate crimes and criminal justice processing: A multi-dataset comparison of bias crime arrest patterns by offender and victim race”, en *Justice Quarterly*, pp. 193-224; V. Levinson y Young, “Implicit Gender Bias in the Legal Profession: An Empirical Study”, en *Duke Journal of Gender Law & Policy*.

⁷ Cf. Sood, “Attempted justice: Misunderstanding and bias in psychological constructions of critical attempt”, en *Stanford Law Review*, pp. 71, 593.

⁸ Cf. Ungaretti, *et al.*, “Validation of the subtle and blatant prejudice scale towards indigenous people in Argentina”, en *Current Psychology*, pp.1423-1429.

de las categorías principales que la gente ha utilizado con frecuencia, a lo largo de la historia, para organizar la información sobre otras personas. Por lo tanto, resulta probable que éstas sean algunas de las primeras categorías de información que la gente considera cuando entra en contacto o se representa a otras personas.⁹ Generalmente, las personas tienden a procesar esta información de forma directa y a menudo realizan atribuciones causales sobre la base de esa lectura rápida. En este sentido, existen múltiples ejemplos que ilustran el modo en que los análisis rápidos pueden conducir a la realización de atribuciones erróneas y suposiciones estereotipadas, tanto en la ciudadanía en general como en quienes conforman el sistema judicial en particular. Por el contrario, si las personas pudieran ir más allá de la categorización inicial probablemente se obtendrían resultados mucho más positivos, no solo en materia de las relaciones entre los diferentes grupos de una determinada sociedad, sino en el funcionamiento del sistema de justicia. Sin embargo, como ya se ha mencionado anteriormente, por lo general las personas no suelen ir más allá de la categorización inicial. Por lo tanto, las consecuencias negativas de ver y juzgar a los demás a través de categorías sociales como la etnia, la raza, el género, la religión, la nacionalidad, los atributos físicos, entre otros, afectan las creencias y los comportamientos de las personas.¹⁰

Es preciso destacar que la percepción social, es decir el modo en que se ve y juzga a los demás, no sólo opera a través de factores intraindividuales, —tal como la tendencia a pensar en categorías— sino que también existen múltiples aspectos relacionados al contexto, que influyen dicha percepción.¹¹ Por un lado, existe una amplia gama de señales visuales provenientes del exterior, que influye en el modo en que inicialmente percibimos, categorizamos y nos formamos impresiones acerca de otros —por ejemplo gestos, rasgos faciales, características morfológicas, posturas—. Además, existen otros factores externos que influyen sobre la formación inicial de impresiones tales como los medios de comunicación y otros

⁹ V. Schneider, *The psychology of stereotyping*.

¹⁰ Cf. Dunham, *et al.*, “The development of race-based perceptual categorization: skin color dominates early category judgments”, en *Developmental Science*, pp. 469-483. Disponible en <https://doi.org/10.1111/desc.12228>.

¹¹ Cf. Holoién, *et al.*, “Do you really understand? Achieving accuracy in interracial relationships”, en *Journal of Personality and Social Psychology*, pp. 76-92.

agentes de socialización —por ejemplo, familia, grupo de pares, instituciones— con los que una persona interactúa a lo largo de las diferentes etapas de su desarrollo.¹²

Pese a que una vez que las personas clasifican a otra u otras como miembros de un determinado grupo social, —y esto suele configurar la forma en que responden hacia los sujetos que pertenecen a ese grupo— hay evidencias que demuestran la rapidez con que las visiones acerca de estos grupos sociales pueden cambiar.¹³ Por un lado, si bien este proceso de modificación rápida de las visiones sobre un grupo social puede resultar negativo,¹⁴ también puede resultar en aspectos positivos para las relaciones intergrupales conflictivas; como lo demuestran las diferentes estrategias testeadas a lo largo de la historia para fomentar la reducción de los estereotipos, el prejuicio y la discriminación.¹⁵

De acuerdo con Xiao *et al.* si bien a lo largo de la historia el modo en que percibimos a los demás ha ido modificándose, existen ciertas categorías sociales generales que aún persisten. En el texto también se describe cómo de acuerdo con el contexto y la historia de la relación intergrupala se constituye la base para la construcción de estereotipos, sobre los cuales en ocasiones emergen el prejuicio y la discriminación hacia quienes pertenecen a dichas categorías.¹⁶ Por ejemplo, categorías sociales asociadas a la *religión* —por ejemplo judío, musulmán—, al

¹² Cf. Wilson y Rule, “Facial trustworthiness predicts extreme criminal-sentencing outcomes”, en *Psychological Science*, pp. 1325-1331.

¹³ V. Gaertner *et al.*, “The Common Ingroup Identity Model and the Development of a Functional Perspective: A Cross-National Collaboration”, en *The Social Developmental Construction of Violence and Intergroup Conflict*. Disponible en https://doi.org/10.1007/978-3-319-42727-0_5.

¹⁴ Cf. Ruva y Coy, “Your bias is rubbing off on me: The impact of pretrial publicity and jury type on guilt decisions, trial evidence interpretation, and impression formation”, en *Psychology, Public Policy, and Law*, pp. 22-35. Disponible en <https://doi.org/10.1037/law0000220>. En este texto, Ruva y Coy han identificado que la publicidad o la fuerte presencia mediática previa al juicio puede sesgar las decisiones de los jurados afectando los veredictos. En este sentido, han encontrado que los jurados expuestos a esta información previa al juicio contra los acusados son los más propensos a emitir veredictos de culpabilidad con respecto a quienes no han estado expuestos a dicha información.

¹⁵ Cf. Paluck, *et al.*, “Prejudice reduction: Progress and challenges”, en *Annual review of psychology*, pp. 72, 533-560.

¹⁶ Cf. “Perceiving the world through group- colored glasses: A perceptual model of intergroup relations”, en *Psychological Inquiry*, pp. 255-274.

físico —por ejemplo obeso, delgado—, a la *edad* — por ejemplo viejo, joven—, al grado de *capacidad o inteligencia* —por ejemplo capaz, incapaz, inteligente, no inteligente—, a la *nacionalidad* — por ejemplo boliviano, chino, entre otras—, a la *etnia* — por ejemplo negros, blancos, indígenas, nativos—, la *orientación sexual* —por ejemplo. gays, lesbianas— y el *género* —por ejemplo, *mujer*—. Este conjunto de categorías y grupos de personas sobre las cuáles se forman estereotipos son relativamente transculturales y, con sus particularidades, se encuentran presentes en la mayoría de los países alrededor del mundo.¹⁷ Del mismo modo, en investigaciones sobre estereotipos delictivos, se ha observado una fuerte correlación entre estereotipos sobre personas de diferentes razas, etnias o nacionalidades y creencias sobre su propensión a cometer ciertos tipos de delitos.¹⁸

A lo largo del presente capítulo se hablará sobre los estereotipos desde una perspectiva psicosocial, recorriendo las diferentes perspectivas teóricas que se han desarrollado a lo largo de la historia para su estudio, así como los procesos involucrados en su formación. Además, se hará referencia a las vinculaciones teóricas entre los estereotipos y la *Teoría de la Identidad Social*, con especial énfasis en la función de la autoestima y el pensamiento categorial en la formación de atribuciones causales y los errores de atribución. Posteriormente, se tratarán los procesos que surgen a nivel intergrupal como la homogeneidad del exogrupo y la tendencia hacia el favoritismo endogrupal, para luego indagar sobre las contribuciones de la *Teoría del rol social al estudio de los estereotipos*. Finalmente se hará mención de las funciones de los estereotipos y de los modelos de intervención para el cambio de los estereotipos en el ámbito jurídico.

II. Estereotipos: Perspectivas teóricas y procesos involucrados en su formación

El Diccionario de la Real Academia Española define un estereotipo como una “imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter

¹⁷ Cf. Hogg, *et al.*, “The social identity perspective: Intergroup relations, self-conception, and small groups”, en *Small Group Research*, pp. 246-276.

¹⁸ Cf. Avery *et al.*, *op cit.*

inmutable”. Los estereotipos son omnipresentes y abarcan *grupos raciales* y étnicos —por ejemplo “los asiáticos son buenos en matemáticas”—, *grupos políticos* —por ejemplo “los conservadores son resistentes al cambio”—, *género* —por ejemplo “las mujeres son malas en matemáticas”, *grupos demográficos* —por ejemplo “los residentes de Florida son ancianos”—, y *situaciones* —por ejemplo “Tel-Aviv es peligroso”—. Como ilustran estos y otros ejemplos, algunos estereotipos son bastante precisos y otros distan mucho de la realidad. Además, como fue mencionado anteriormente, los estereotipos suelen ir cambiando a lo largo del tiempo; aquellos estereotipos vigentes en un determinado momento o período histórico cambian radicalmente o incluso desaparecen en otro.¹⁹

Desde las ciencias sociales, han surgido tres grandes enfoques teóricos para el estudio de los estereotipos. En primer lugar, el *enfoque económico* de Phelps que ve los estereotipos como una manifestación de un proceso de discriminación estadística; es decir, las creencias sobre un individuo se forman a partir de una mera sumatoria de rasgos que fueron previamente atribuidos al grupo del que ese individuo forma parte.²⁰ Este enfoque sostiene que la idea de discriminación estadística, en lugar de simplemente proporcionar una explicación sobre el origen de los estereotipos sociales, puede llevar a las personas a verlos como útiles, aceptables y, por lo tanto, ayudar a racionalizar y justificar decisiones discriminatorias en diferentes ámbitos.²¹ Si bien este modelo estudia el modo en que surgen y la función que cumplen los estereotipos, no analiza el problema central: a menudo los estereotipos son inexactos.

El *enfoque sociológico* de los estereotipos los considera como generalizaciones fundamentalmente incorrectas y despectivas de los rasgos del grupo, que reflejan los

¹⁹ Cf. Madon *et al.*, “Ethnic and National Stereotypes: The Princeton Trilogy Revisited and Revised”, en *Personality and Social Psychology Bulletin*, pp. 996-1010. Disponible en <https://doi:10.1177/0146167201278007>.

²⁰ Cf. Phelps, “The Statistical Theory of Racism and Sexism”, en *The American Economic Review*, pp. 659,661.

²¹ Cf. Tilcsik, “Statistical Discrimination and the Rationalization of Stereotypes”, en *American Sociological Review*, pp. 93-122. Disponible en <https://doi:10.1177/0003122420969399>.

prejuicios subyacentes²² u otras motivaciones internas de quien está estereotipando.²³ Desde esta perspectiva, los grupos sociales que históricamente han sido maltratados, —como las minorías raciales y étnicas— continúan siendo estereotipados negativamente porque los grupos que detentan el poder probablemente buscan perpetuar falsas creencias sobre ellos. Si bien este enfoque es relevante en muchos casos, coexiste con ciertas limitaciones. Por ejemplo, aunque la mayoría de los estereotipos son inexactos, muchos son bastante próximos a la realidad y otros son incluso favorecedores más que peyorativos para el grupo en cuestión —por ejemplo, “los asiáticos son buenos en matemáticas”—.²⁴

El tercer enfoque de los estereotipos, y el que en la actualidad goza de mayor consenso, es el *enfoque de la cognición social*.²⁵ Desde un punto de vista más amplio, Fiske y Taylor identificaron que la cognición social es una corriente teórica de la Psicología Social que se ocupa del estudio de múltiples temáticas que van desde conceptos básicos como atención social, codificación de estímulos sociales y representaciones de la memoria social, hasta procesos sociales de orden superior como la toma de decisiones sociales, la inferencia social, las actitudes, los prejuicios y los estereotipos.²⁶ El enfoque de la cognición social ganó terreno alrededor de 1980, en el se consideran los estereotipos sociales como casos especiales de esquemas o teorías cognitivas.²⁷ Estos esquemas o teorías son generalizaciones intuitivas que las personas utilizan en su vida diaria y suponen un ahorro de recursos cognitivos dado que permiten simplificar un entorno social sumamente complejo. También desde esta perspectiva teórica, Fiske y Tablante definen los estereotipos principalmente como creencias basadas en categorías sobre un grupo, pero que también involucran cargas afectivo-evaluativas y tendencias conductuales.²⁸ En otras palabras, desde esta perspectiva los estereotipos permitirían identificar lo que creen unos individuos sobre otros —por ejemplo “son personas

²² V. Adorno *et al.*, *The authoritarian personality*.

²³ V. Schneider, *op. cit.*

²⁴ *Cf.* Madon *et al.*, *op. cit.*

²⁵ V. Schneider, *op. cit.*

²⁶ V. Fiske y Taylor, *Social Cognition: From brain to culture*.

²⁷ V. Schneider, *et al.*, *Person perception*.

²⁸ *Cf.* Fiske y Tablante, “Attitudes and Social Cognition”, en *APA Handbook of Personality and Social Psychology*, pp.457-507. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1037/14341-015>.

malas”—, qué tipo de sentimientos surgen a partir de esas creencias — por ejemplo que generan rechazo— y anticipar un posible comportamiento resultante de la combinación entre los elementos cognitivos y afectivos —por ejemplo discriminación u otra forma de violencia hacia quienes forman parte de ese grupo—.

En este marco y producto de los elementos tomados en consideración por el enfoque de la cognición social, la Teoría de la Identidad Social²⁹ ha jugado un papel importante en la promoción de la Cognición Social, particularmente a partir de un énfasis compartido en los estereotipos y el prejuicio.³⁰

1. Estereotipos e Identidad Social

En los últimos 30 años ha habido un crecimiento constante de las investigaciones sobre las relaciones intergrupales y la Teoría de la Identidad Social —en adelante TIS—.³¹ Sus ideas principales acerca del papel de la categorización social y la construcción de la identidad en los procesos grupales, intentan dar cuenta de cómo y porqué surgen los estereotipos y el prejuicio, siendo la TIS una de las teorías más ampliamente aceptadas actualmente en todo el campo disciplinar.³²

La TIS intenta dar sentido a las relaciones intergrupales en contextos sociales reales y proporciona una teoría comprensiva de las relaciones intergrupales y el cambio social en contextos socialmente estratificados. Con la TIS se intenta responder a interrogantes acerca de porqué las personas cuando están en grupos se comportan de un modo etnocéntrico y discriminan a otros. La respuesta que la TIS ha proporcionado para responder a estos interrogantes, gira en torno a la idea

²⁹ V. Tajfel, *Social identity and intergroup relations*.

³⁰ V. Fiske, “Social cognition and the normality of prejudgment”, en *On the nature of prejudice: Fifty years after Allport*.

³¹ Cf. Tajfel y Turner, “The social identity theory of intergroup behavior”, en *Psychology of intergroup relations*, pp. 7-24.

³² Cf. Brewer, “Ingroup identification and intergroup conflict: When does ingroup love become outgroup hate?”, en *Social identity, intergroup conflict, and conflict reduction* pp. 17-41; Fiske, “Stereotyping, prejudice, and discrimination”, en *The handbook of social psychology*, pp. 357-411.

de que las personas tienen una necesidad de formar una *identidad social positiva*, es decir, se ven prácticamente obligadas a establecer una valoración positiva del grupo del que forman parte a partir de la comparación con otros grupos. Es así que, Tajfel definió a la identidad social como el “conocimiento individual de la propia pertenencia a ciertos grupos sociales junto con cierta importancia emocional y valorativa atribuida a sí mismo por su membresía grupal”.³³

La TIS se desarrolló para explorar las consecuencias psicológicas que tienen para los miembros de un grupo, su posición relativa o su estatus en una determinada sociedad —por ejemplo, alto o bajo— y la naturaleza percibida de las diferencias de estatus entre grupos de esa sociedad —por ejemplo, legítimo o estable versus ilegítimo o inestable—.³⁴ Además, ha servido no solo para explorar las consecuencias psicológicas, sino también para explicar detalladamente las diferentes maneras en que los miembros de un grupo podrían reaccionar ante los desafíos que se plantean a sus identidades sociales, producto de su ubicación o estatus en la estructura social y sus creencias compartidas sobre la naturaleza de la estructura social.³⁵

Para pensar en el origen de la identidad social, se ha teorizado que la misma se construye por las interacciones que las personas establecen y mantienen en un entorno determinado y se fundamenta en dos procesos que conjuntamente dan cuenta de la construcción de la identidad: en el plano afectivo los niveles de *autoestima* y en el plano cognitivo el *pensamiento categorial*. Éste último es fundamental para ordenar el mundo que circunda a las personas, al tiempo que da lugar a la construcción de estereotipos. Ambos subprocesos se ponen de manifiesto en un tercero: la *atribución*, referido a la tendencia humana a inferir de cierto modo las causas de las conductas de las personas y su consecuencia directa: el *favoritismo endogrupal* y la *homogeneidad del exogrupo*.³⁶

³³ Cf. Tajfel, “Social identity and intergroup behaviour”, en *Trends and developments*, p. 292.

³⁴ Cf. Tajfel y Turner, *op. cit.*

³⁵ Cf. Hogg, *et al.*, *op. cit.*

³⁶ *Id.*

2. Autoestima y pensamiento categorial en la formación de atribuciones causales

La autoestima, comprendida como la percepción del sí mismo en términos positivos o negativos, es uno de los procesos centrales para pensar la TIS.³⁷ Según Tajfel, las personas mantienen su autoestima a partir de la identificación con diferentes grupos sociales, considerando a los de pertenencia como mejores que otros.³⁸ Entonces, la identidad social está conformada por el autoconcepto general, que se desglosa en la valoración que una persona realiza de los distintos roles que ocupa en un determinado contexto.

Además de la autoestima, Tajfel y Turner plantearon que en el proceso de conformación de la identidad social es fundamental el pensamiento categorial.³⁹ Allport ya se había referido al pensamiento categorial sosteniendo que “La mente humana debe pensar con la ayuda de categorías [...] Una vez formadas, las categorías son la base para el juzgar normal. Nosotros no podemos evadir este proceso. La vida ordenada depende de ello”.⁴⁰ De esta manera, puede entenderse el proceso a través del cual se construyen diferentes *estereotipos* sobre los cuáles posteriormente se asentarán el prejuicio y la discriminación.⁴¹

Considerando que ante los distintos hechos del mundo social los seres humanos tienden a buscar las causas,⁴² se sigue que las conductas de los otros y la propia también se explican realizando inferencias a partir de los estereotipos —formados a partir del pensamiento categorial— y la autoestima. Esta tendencia humana conlleva generalmente dos resultados comunes: el *error fundamental de atribución*⁴³

³⁷ Cf. Deaux y Martin, “Interpersonal networks and social categories: Specifying levels of context in identity processes”, en *Social Psychology Quarterly*, pp. 101-117.

³⁸ Cf. Tajfel, “The social... cit”.

³⁹ Cf. Tajfel y Turner, *op. cit.*

⁴⁰ Allport, *The nature of prejudice*, p. 20.

⁴¹ Cf. Dovidio, et al., *The Sage handbook of prejudice, stereotyping, and discrimination*.

⁴² V. Fisher, *Stress and strategy*.

⁴³ Cf. Ross, “The intuitive psychologist and his shortcomings”, en *Advances in Experimental Social Psychology*, pp. 173-220.

y el *máximo error de atribución*.⁴⁴ Las investigaciones sobre el error fundamental de atribución tienen su origen en el trabajo de Heider, quien demostró como generalmente los seres humanos tienden a subestimar la probabilidad de que el comportamiento de una persona se deba a factores externos o situacionales,⁴⁵ siendo más propensos a explicarlos apelando a factores internos o disposicionales.⁴⁶ Por ejemplo, ante hechos aberrantes como la violación o el ultraje de una mujer, distintos estudios muestran que se tiende a culpabilizar a la víctima responsabilizándola por lo sucedido; es decir, se piensa que “algo habrá hecho” para que tal cosa le sucediera.⁴⁷ Siguiendo lo anterior, Fisher informó que dos terceras partes de una muestra a estudiantes universitarios de los EE.UU. consideraron aceptable la violación de una mujer bajo ciertas circunstancias —por ejemplo, que el hombre haya gastado mucho dinero en ella—.⁴⁸

Pettigrew fue más allá de la propuesta de Heider al señalar que existiría un máximo error de atribución. Este último ocurre cuando miembros del endogrupo⁴⁹ atribuyen el comportamiento negativo de los miembros del exogrupo⁵⁰ a causas disposicionales con mayor énfasis de lo que lo harían para analizar un comportamiento idéntico en personas del endogrupo. Complementariamente, explican el comportamiento positivo de los miembros del exogrupo considerándolo como: a) un caso excepcional; b) azar o a una ventaja especial, c) otros factores situacionales. En otras palabras, las acciones positivas de los miembros del

⁴⁴ Cf. Pettigrew, “On Studying Organizational Cultures”, en *Administrative Science Quarterly*, pp. 570-581. Disponible en <https://doi:10.2307/2392363>.

⁴⁵ Asignar la causa del comportamiento a alguna situación o evento fuera del control de una persona en lugar de a alguna característica interna (por ejemplo, el contexto social, económico, político, entre otros). V. Heider, *The Psychology of Interpersonal Relations*.

⁴⁶ La atribución disposicional asigna la causa del comportamiento a alguna característica interna de una persona, más que a fuerzas externas (por ejemplo, rasgos de personalidad, motivaciones, valores, creencias, entre otras). *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ V. Fisher, *op. cit.*

⁴⁹ Tajfel en *The social identity and intergroup behavior*- define endogrupo como un grupo social de referencia para el individuo, con el cual se identifica y se considera miembro.

⁵⁰ V. *Id.* El exogrupo hace referencia a un grupo social que el individuo reconoce, pero del que no se considera miembro. En casos más extremos de conflictividad intergrupar, el exogrupo es considerado como un grupo de adversarios.

exogrupo no son valoradas como tales, mientras que sus fracasos y defectos son sobrevalorados.⁵¹

Es preciso destacar que los errores de atribución mencionados también suelen estar presentes en las opiniones de quienes forman parte del sistema judicial. Por ejemplo, recientemente, estudios que incluían el análisis de archivos policiales, así como observaciones y entrevistas con profesionales legales demostraron que las atribuciones de culpabilidad en casos de violaciones o delitos sexuales están dirigidas generalmente a la víctima y que eso repercute en el proceso de toma de decisiones legales.⁵² En esta misma línea, Morris y Peng encontraron apoyo para la presencia del máximo error de atribución propuesto por Pettigrew con implicancias en el ámbito judicial.⁵³ A un grupo de ciudadanos norteamericanos y un grupo de ciudadanos chinos, se les solicitó que realicen atribuciones causales sobre los factores que llevaron a un individuo a cometer un asesinato. Se les pidió que ponderaran las explicaciones disposicionales y situacionales sobre el hecho. Como predice el error máximo de atribución, los participantes norteamericanos ponderaban explicaciones disposicionales cuando el sospechoso de asesinato era un ciudadano chino, mientras que la explicación devenía en situacional cuando el sospechoso de asesinato era un ciudadano norteamericano. De manera similar, los participantes chinos atribuyeron causas disposicionales para el sospechoso de asesinato norteamericano y causas situacionales para el sospechoso de asesinato chino.

Estos ejemplos arrojan evidencia de que los errores a la hora de realizar atribuciones causales sobre el comportamiento propio y el de los demás se encuentran más o menos presentes en todos los individuos y contextos.⁵⁴

⁵¹ Cf. Hewstone, "Revision and Change of Stereotypic Beliefs", en *European Review of Social Psychology*, pp. 69-109. Disponible en <https://doi.org/10.1080/14792779543000020>.

⁵² Cf. Galli, "Revision and Change of Stereotypic Beliefs", en *European Review of Social Psychology*, pp. 69-109. Disponible en <https://doi.org/10.1080/14792779543000020>.

⁵³ Cf. Morris y Peng, "Culture and cause: American and Chinese attributions for social and physical events", en *Journal of Personality and Social Psychology*, 67(6), 949-971. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.67.6.949>.

⁵⁴ Cf. Hewstone, *op. cit.*

3. Homogeneidad del exogrupo y favoritismo endogrupal

Como ya se ha mencionado, a partir del proceso de categorización y el desarrollo de la autoestima, el ser humano intenta comprender su entorno atribuyendo significado a las causas del comportamiento. Así, cuando las personas categorizan a sujetos u objetos en grupos, pasan por alto las diferencias entre los miembros de una misma categoría tratándolos como iguales,⁵⁵ al tiempo que se exageran las diferencias intergrupales.⁵⁶ De esta manera, como resultado de las estrechas relaciones entre la autoestima, el pensamiento categorial y los procesos atribucionales, las personas desarrollan dos maneras de razonamiento distorsivo: la *homogeneidad del exogrupo* y el *favoritismo endogrupal*.⁵⁷

En cuanto a la homogeneidad del exogrupo, distintos estudios han puesto de manifiesto que, cuando se trata de actitudes, valores o rasgos de la personalidad, la gente tiende a ver a los miembros del grupo externo más parecidos entre sí que a los miembros del grupo interno.⁵⁸ Por ello, quienes son considerados miembros de un grupo externo corren el riesgo de ser evaluados como iguales entre sí y, por lo tanto, existe una mayor probabilidad de que sean estereotipados.⁵⁹ De acuerdo a la revisión de estudios empíricos realizados sobre la temática por Linville, esta homogeneización se produce generalmente al categorizar a un grupo social basándose en su etnia, religión, nacionalidad, especialización universitaria, edad o sexo, entre otras.⁶⁰ Una de las explicaciones más desarrolladas acerca de por qué se produce el sesgo de homogeneidad del exogrupo es la tesis del contacto propuesta inicialmente por Allport y que se desarrollará más adelante en este capítulo: las personas tienen usualmente menos contacto con miembros

⁵⁵ Cf. Tajfel, "The social...cit".

⁵⁶ V. Turner, *Rediscovering the social group: A self-categorization theory*.

⁵⁷ Cf. Tajfel, *op cit*; Tajfel y Turner, *op. cit*.

⁵⁸ Cf. Dovidio, *et al.*, *op. cit*.

⁵⁹ Cf. Fiske y Tablante, *op. cit*.

⁶⁰ Cf. Linville, "The heterogeneity of homogeneity", en *Attribution and social interaction: The legacy of Edward E. Jones*, pp. 423-487. Disponible en <https://doi.org/10.1037/10286-008>.

del grupo externo que con miembros del grupo interno, y por ello tienden a generalizar sus atributos negativos.⁶¹

Por otra parte, al pensar en cualquier tipo de prejuicio, suele asumirse que se trata siempre de sentimientos negativos de un grupo hacia otro.⁶² Sin embargo, aunque esta dinámica está generalmente presente, muchas veces el prejuicio tiene su raíz principal en el favoritismo endogrupal, quedando en un lugar secundario los sentimientos negativos hacia otros grupos. En este sentido, Brewer postula que “muchas formas de discriminación pueden desarrollarse no porque los grupos externos son odiados, sino porque las emociones positivas como la admiración, la simpatía y la confianza son reservadas para el grupo interno”.⁶³

De acuerdo con los hallazgos de Tajfel, uno de los aspectos más relevantes de esta tendencia de las personas a favorecer a su propio grupo es la facilidad con el que dicho favorecimiento surge. Este autor llevó a cabo una serie de experimentos en los cuales personas que nunca se habían conocido fueron divididas en grupos formados con base en información mínima; por ejemplo, preferencias por un pintor, primera letra de su nombre o incluso echándolo a la suerte con una moneda. Mediante esta situación experimental denominada “paradigma de grupo mínimo”, Tajfel puso de manifiesto que las personas integrantes de un grupo conformado sobre la base de casi cualquier distinción, tienen inclinaciones o preferencias hacia éste en tanto lo consideran su propio grupo.⁶⁴ Asimismo, en cuestión de minutos, luego de haber sido divididos en grupos, las personas tienden a ver al de pertenencia como superior a los otros grupos y, frecuentemente, buscan mantener una ventaja sobre ellos. Estos resultados pioneros son consistentes con investigaciones que revelan que las uniones sociales pueden formarse sobre las bases de características aparentemente mínimas. Por ejemplo, el trabajo de Rade *et al.* puso de manifiesto que las personas tienen más probabilidad de cooperar

⁶¹ Cf. Islam y Hewstone, “Intergroup attributions and affective consequences in majority and minority groups”, en. *Journal of Personality and Social Psychology*, pp. 936-950. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.64.6.936>; Linville, *op. cit.*

⁶² Cf. Dovidio *et al.*, *op. cit.*

⁶³ Brewer, *op. cit.*, p. 438.

⁶⁴ Cf. Tajfel, *op. cit.*

entre sí cuando comparten la misma fecha de cumpleaños. Incluso decisiones muy importantes en la vida, como a quién amar, dónde vivir y qué ocupación seguir, pueden verse influenciadas por similitudes relativamente mínimas.⁶⁵

El análisis y evaluación de este fenómeno cobra relevancia pues sirve como herramienta para comprender la discriminación que tiene lugar en el sistema de justicia criminal. Las explicaciones de cómo los estereotipos negativos implícitos influyen en la forma en que los legisladores, policías, jurados y profesionales del derecho toman decisiones son ilustrativas de cómo factores como la raza, la etnia, la religión, la nacionalidad o el género son omnipresentes en la justicia penal, incluso si quienes los introducen lo hacen sin intención.⁶⁶

4. Contribuciones de la Teoría del rol social al estudio de los estereotipos

Si bien la TIS continúa siendo una de las teorías explicativas con mayor vigencia en la actualidad para el estudio de los estereotipos y las relaciones intergrupales resultantes,⁶⁷ ha recibido una serie de críticas.⁶⁸ Según Eagly y Karau, la principal objeción que se ha esgrimido contra ella refiere a su carácter psicologicista.⁶⁹ En este sentido, a pesar de considerar el contexto desde el que se desarrollan las categorías sociales, la TIS no toma en cuenta el papel de los roles sociales sobre el cual dichas categorías se asientan.⁷⁰ De esta manera, se ha señalado que la TIS simplifica las concepciones sociales de las categorías, dejando de lado su construcción socio-histórica basada en los roles sociales predominantes en un determinado contexto.⁷¹

⁶⁵ Rade, *et al.*, "A Meta-Analysis of Public Attitudes Toward Ex-Offenders", en *Criminal Justice and Behavior*, pp. 1260-1280. Disponible en <https://doi.org/10.1177/0093854816655837>.

⁶⁶ Cf. Greenwald y Banaji, "The implicit revolution: Reconceiving the relation between conscious and unconscious", en *American Psychologist*, p. 861.

⁶⁷ Cf. Deaux y Martin, *op. cit.*

⁶⁸ Cf. Brown y Hewstone, "An Integrative Theory of Intergroup Contact" en *Advances in experimental social psychology*, pp. 255-343. Disponible en [https://doi.org/10.1016/S0065-2601\(05\)37005-5](https://doi.org/10.1016/S0065-2601(05)37005-5).

⁶⁹ Cf. Eagly y Karau, "Role congruity theory of prejudice toward female leaders", en *Psychological Review*, pp. 573-598.

⁷⁰ Cf. Hogg *et al.*, *op. cit.*

⁷¹ V. Skevington y Baker, *The social identity of women*.

La teoría del rol social considera que la organización social de una comunidad es necesaria para garantizar los recursos económicos y los medios de subsistencia de sus miembros.⁷² Con esta finalidad, se dividen las tareas y actividades relativas a la producción, estas a su vez son reguladas legalmente.⁷³ Sobre esas leyes se monta un complejo sistema de normas sociales, que incluye reglas que asignan responsabilidades y roles a los miembros de la comunidad.⁷⁴ Una vez realizada, esta segmentación funciona como uno de los pilares básicos de la estructura social, ya que establece y regula las diversas relaciones intergrupales. Tales relaciones generan desigualdades sociales, dado que prescriben las diferentes posiciones que cada persona debe ocupar en la sociedad, tanto en el ámbito público como en el privado. Según Mead, cada miembro de una comunidad, al adoptar un rol en esta estructura, asume funciones sociales e ingresa en una dinámica social en consonancia con los otros.⁷⁵ Aunque las normas que rigen este proceso de interacción generan expectativas acerca de las acciones de los demás, ninguna sociedad posee un consenso total sobre las mismas.⁷⁶ Por consiguiente, los roles sociales son creados gracias a la interacción dinámica entre los ejecutores y el resto de la comunidad.

Los roles sociales, junto con sus expectativas de logro, forman parte de los valores culturales e influyen en el comportamiento de las personas.⁷⁷ De esta manera, cuanto mayor es la fortaleza de la estructura social y la aceptación de dichas expectativas, la ideología que mantiene el sistema adquiere mayor consistencia. Así, se perpetúan los roles y, en consecuencia, las desigualdades que conllevan. De esta manera la separación por roles, que adquiere carácter de norma, es constitutiva de la identidad social de la persona, debido a que esos roles definen la mayoría de las actividades de las personas, así como sus formas de participación en la sociedad.

⁷² Cf. Geis, "Self-fulfilling prophecies: A social psychological view of gender", en *The psychology of gender*, pp. 9-54.

⁷³ Cf. Eagly y Karau, *op. cit.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ V. Mead, *Espíritu, persona y sociedad*.

⁷⁶ Cf. Eagly y Karau, *op. cit.*

⁷⁷ Cf. Geis, *op. cit.*

Por ejemplo, los roles sociales tienen su base en los asignados en función del trabajo.⁷⁸ Cada puesto laboral lleva asociada una serie de demandas necesarias para su desempeño, digamos, si un trabajo es habitualmente desarrollado por hombres se considera que el *ser hombre* implica una serie de características propias mientras que, a su vez, estas inferencias se plasman en diferencias reales a través de dinámicas de asignación de roles y expectativas con respecto a los mismos.

A pesar de las críticas mencionadas a la TIS, actualmente existen intentos de construir un *corpus* teórico que tenga en cuenta sus lineamientos para complementar las propuestas de la teoría del rol social. Por ejemplo, Deaux y Martin analizan las relaciones entre ambos enfoques, proponiendo un marco integrador, el cual articula los aportes individuales y sociales para la construcción de la identidad social. Los autores definen a la identidad como el conjunto de significados compartidos por los integrantes de una estructura social cuya función es mantener el orden establecido. La estructura social, entonces, potencia las interacciones dentro de los límites definidos por ella e inhibe las demás, propiciando el mantenimiento del *statu quo* de los roles.⁷⁹ Por otra parte, las personas interiorizan esos significados a través de los roles que desempeñan a la vez que construyen su autoestima y organizan el mundo social mediante el pensamiento categorial a nivel individual.⁸⁰

En síntesis, tanto la teoría de la identidad social como la teoría del rol social ofrecen una importante explicación de las bases psico-sociales de los estereotipos y las actitudes endo y exogrupales. Estas dan cuenta del impacto de los estereotipos negativos, cuyo principal propósito es marcar los límites entre “ellos” y “nosotros”.⁸¹ Es por ello que, el uso de estereotipos negativos puede tener efectos adversos en los procesos de investigación criminal, ya que estos estereotipos pueden afectar negativamente la investigación de sospechosos de comunidades

⁷⁸ Cf. Deaux y Martin, *op. cit.*

⁷⁹ Cf. Stryker, “Identity Theory and Personality Theory: Mutual Relevance”, en *Journal of Personality*, pp. 1083-1102. Disponible en <https://doi:10.1111/j.1467-6494.2007.00468.x>.

⁸⁰ Cf. Dovidio, *et al.*, *op. cit.*

⁸¹ Tajfel, *op. cit.*

exogrupales.⁸² Como muestra de lo anterior existe la investigación de Ware, donde se ilustra cómo en el contexto del sistema de justicia penal algunas minorías étnicas son frecuentemente estereotipadas negativamente por tener características y ocupar roles que son frecuentemente asociados con conductas delictivas.⁸³

5. Funciones de los estereotipos

La cuestión acerca de por qué las personas tenemos estereotipos ha preocupado a los psicólogos sociales desde los primeros estudios sobre la temática de la socialización.⁸⁴ En este sentido, una cuestión clave es ¿por qué la mente debería equiparse con representaciones que contribuyen a originar distorsiones en la percepción social y prejuicios en las actitudes intergrupales? Es difícil resolver esta pregunta con una sola respuesta, porque los estereotipos desempeñan un papel multifacético en la perspectiva de la cognición social.

Como ya se ha mencionado, una respuesta clásica para pensar la función de los estereotipos describe el beneficio de estos para la economía del procesamiento de la información; esto es, al simplificar la representación de las personas, se hacen menos demandas de recursos cognitivos al observador.⁸⁵ Una segunda respuesta —también cognitiva— se centra en las limitaciones estadísticas, más que en el procesamiento de la información.⁸⁶ Cuando conocemos a una persona nueva, hay muchas cosas que desconocemos de ella. Sin embargo, no estamos completamente a oscuras porque los rasgos no observados pueden covariar con los rasgos observados. Por tanto, si pudiéramos aprender los patrones de covariación, podríamos explotarlos al servicio de la realización de inferencias sociales. Los

⁸² *Id.*

⁸³ Cf. Ware, “A comparative analysis of unconscious and institutional discrimination in the United States and Britain”, en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, pp. 89-157.

⁸⁴ Para una revisión, V. Snyder y Miene, “Stereotyping of the elderly: A functional approach” en *British Journal of Social Psychology*, pp. 63-82. Disponible en <https://doi.org/10.1111/j.2044-8309.1994.tb01011.x>.

⁸⁵ Cf. Allport, *op. cit.*; Macrae, “Activating Social Stereotypes: A Functional Analysis”, en *Journal of Experimental Social Psychology*, pp. 370-389. Disponible en <https://doi.org/10.1006/jesp.1994.1018>; Tajfel, *op. cit.*

⁸⁶ Cf. McCauley, *et al.*, “Stereotyping: From prejudice to prediction”, en *Psychological Bulletin*, pp. 195-208. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0033-2909.87.1.195>.

estereotipos, desde este punto de vista, corresponden a creencias sobre la covariación entre un conjunto de rasgos y una etiqueta de grupo —por ejemplo, un tipo particular de rasgo—. El apoyo empírico para el punto de vista estadístico proviene de estudios que muestran que los observadores se basan más en la información de covariación cuando la información de individualización está ausente, es ambigua o poco informativa.⁸⁷ Para que los estereotipos cumplan con su función estadística, las etiquetas de grupo deben elegirse de manera que los rasgos puedan predecirse eficazmente. Lo cual implicaría que los estereotipos tienden a ser precisos, esta última es una propuesta que ha generado polémica. Si bien los estudios han indicado que algunos estereotipos son moderadamente precisos,⁸⁸ a menudo no lo son, momento en el que simplemente sirven para inducir distorsiones sistemáticas tales como la homogeneidad percibida entre los miembros del exogrupo. Sin embargo, la existencia de tales distorsiones no implica que los estereotipos hagan un uso irracional de la evidencia. De hecho, un observador ideal debe estar sesgado, sin embargo, se debe tener en cuenta que no se hace referencia a “sesgo” en el sentido coloquial de exhibir una preferencia. Debido a que los datos disponibles para un observador suelen ser insuficientes para eliminar la ambigüedad por completo de todos los rasgos no observados, la inferencia precisa de rasgos requiere un sesgo inductivo que favorezca algunas inferencias sobre otras. Esto producirá inevitablemente errores sistemáticos, a pesar de reducir el error en promedio. Un tercer conjunto de respuestas ubica la función de los estereotipos en el mantenimiento y justificación de estructuras sociales, tales como roles sociales, jerarquías de poder y coaliciones; a través de la descripción no sólo de cómo se perciben ciertos grupos, sino también prescribiendo cómo

⁸⁷ Cf. Crawford, *et al.*, “The use of stereotypes and individuating information in political person perception”, en *Personality and Social Psychology Bulletin*, pp. 529-542. Disponible en <https://doi.org/10.1177/0146167211399473>; Krueger y Rothbart, “Use of categorical and individuating information in making inferences about personality”, en *Journal of Personality and Social Psychology*, pp. 187-195. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.55.2.187>.

⁸⁸ Por ejemplo, V. Chan, *et al.*, “Stereotypes of Age Differences in Personality Traits: Universal and Accurate?”, en *Journal of Personality and Social Psychology*, pp.1050-1066. Disponible en <https://doi:10.1037/a0029712>; Diekman, *et al.*, “Accuracy and Bias in Stereotypes about the Social and Political Attitudes of Women and Men”, en *Journal of Experimental Social Psychology*, pp. 268-282. Disponible en <https://doi:10.1006/jesp.2001.1511>; Rogers y Wood, “Accuracy of United States regional personality stereotypes”, en *Journal of Research in Personality*, pp. 704-713. Disponible en <https://doi:10.1016/j.jrp.2010.09.006>.

esos grupos deben pensar, sentir y comportarse.⁸⁹ Estas funciones estructurales pueden interactuar con funciones cognitivas; por ejemplo, las personas más poderosas no necesitan prestar tanta atención a las menos poderosas y, por lo tanto, dependerán más de los estereotipos.⁹⁰ La atención reducida, a su vez, refuerza la jerarquía de poder.

Entonces, las creencias basadas en estereotipos de una persona contrastan con la consideración individual de otra,⁹¹ este aspecto da lugar a que el fenómeno del *control* se ponga en juego en el contexto de los estereotipos, es decir, el contenido de los estereotipos puede ser de tipo descriptivo o prescriptivo.⁹² Los estereotipos descriptivos, son los que indican cómo se comporta supuestamente la mayoría de las personas de un grupo, así como qué es lo que supuestamente prefieren. Por ejemplo, la gente puede creer que las mujeres en general son buenas secretarías y maestras, pero malas abogadas o juezas.⁹³ Los estereotipos descriptivos también afirman que los afroamericanos son buenos atletas, pero no intelectuales, o que los asiáticos y los judíos son buenos para los negocios, pero malos para los deportes, etcétera. Tales supuestos, si son generalizados, ejercen una fuerte presión para que las personas se ajusten o intenten corregir su comportamiento, dado que regulan las expectativas que tenemos de los demás y que los demás tienen de nosotros, de acuerdo con las categorías en las que hemos sido incluidos. El camino más sencillo para una persona estereotipada es mantenerse dentro de los límites de esas expectativas, aun cuando la persona estereotipada pueda intentar contradecir estas expectativas. El estereotipo descriptivo, entonces, limita la interacción, ejerce influencia en los comportamientos pues ejerce control a

⁸⁹ V. Jost y Banaji, "The role of stereotyping in system-justification and the production of false consciousness", en *British Journal of Social Psychology*, pp.1-27; Koenig y Eagly, "Evidence for the social role theory of stereotype content: Observations of groups' roles shape stereotypes", en *Journal of Personality and Social Psychology*, pp. 371-392; Cikara, *Causes and Consequences of Coalitional Cognition*. Disponible en <https://doi.org/10.31219/osf.io/ktpf7>; Fiske y Tablante, *op. cit.*

⁹⁰ Cf. Fiske, *op. cit.*

⁹¹ Cf. Fiske y Tablante, *op. cit.*

⁹² Cf. Arena, "Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual" en *Rev. Derecho*, pp. 51-75. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100003>.

⁹³ Cf. Heilman y Haynes, "Combating organizational discrimination: Some unintended consequences", en *Discrimination at Work: The Psychological and Organizational Bases*, pp. 339-362.

partir de la representación previa. Todas las culturas promueven contenidos estereotipados.⁹⁴

Otra expresión de los estereotipos es la del estereotipo prescriptivo, la cual resulta aún más controladora que la descriptiva. Esta clase de estereotipos indica cómo deben pensar, sentir y comportarse ciertos grupos sociales. Por ejemplo, las mujeres deben ser amables, los afroamericanos deben ser espontáneos, los asiático-americanos deben ser buenos en matemáticas y los judíos deben ser buenos con el dinero. Los anteriores, muchas veces pueden ser considerados como estereotipos favorecedores,⁹⁵ pero también exigen que la persona cumpla con tal prescripción. Las sanciones pueden ser rápidas y severas si se defrauda el estereotipo prescriptivo de otra persona.⁹⁶ Por ejemplo, las que pueda sufrir un adolescente varón que no se ajusta a las prescripciones estereotípicamente masculinas, en un grupo de hombres.⁹⁷ Los estereotipos prescriptivos son limitantes y constituyen una forma de control social.

En síntesis, los estereotipos controlan a las personas, esta es una de las razones por las que los estereotipos resultan aversivos para las personas que no quieren ser encasilladas en ellos. Los estereotipos refuerzan el poder de un grupo o persona sobre otro al limitar las opciones del grupo estereotipado, por lo que de esta manera los estereotipos favorecen el mantenimiento del poder. El poder es control y los estereotipos son una forma de ejercer control, tanto social como personal. Si bien se podría argumentar que los grupos subordinados también estereotipan a los que están en el poder; se puede objetar que, si los subordinados utilizan estereotipos, sus creencias simplemente ejercen menos control que las personas que detentan el poder. Por lo tanto, el impacto controlador de los estereotipos explica por qué el poder los mantiene. Fiske y Depret definen al poder como la posibilidad de controlar el destino de otras personas.⁹⁸ Siguiendo

⁹⁴ Cf. Rade, *et al.*, *op cit.*

⁹⁵ Cf. Glick y Fiske, "Ambivalent sexism" en *Advances in Experimental Social Psychology*, pp. 115-188. Disponible en [https://doi:10.1016/s0065-2601\(01\)80005-8](https://doi:10.1016/s0065-2601(01)80005-8).

⁹⁶ Cf. Eagly y Karau, *op. cit.*

⁹⁷ Cf. Fiske, *op. cit.*

⁹⁸ Cf. Fiske y Depret, "Control, interdependence and power: Understanding social cognition in its social context", en *European Review of Social Psychology*, pp. 31-61.

lo anterior se entiende que, las personas que buscan controlar el destino de otras quizás pueden llegar a ocupar posiciones de poder con más frecuencia que quienes no demuestran esa voluntad de poder. Si bien esto no es siempre así, su motivación para controlar a otras personas puede resultar en el uso de estereotipos como una forma de control.

III. Modelos de intervención para el cambio de los estereotipos

Los estereotipos son notoriamente resistentes al cambio. En palabras de Banaji y Hardin, los estereotipos funcionan como vehículos del pensamiento esencialista sobre los grupos sociales. Las atribuciones disposicionales que se hacen en relación con un determinado grupo, o la creencia de que los grupos son inherentemente como son, pueden llevar a la conclusión de que los atributos asociados con los grupos son estables e invariables.⁹⁹ Según esta visión cognitiva, la obstinación de los estereotipos se basa en creencias sobre la estructura de los grupos sociales. En otras palabras, desde esta perspectiva los estereotipos no cambian porque creemos que los grupos no cambian. Sin embargo, los estereotipos efectivamente cambian cuando se analizan períodos de tiempo más prolongados;¹⁰⁰ por ejemplo, evidencias provenientes de encuestas de opinión pública muestran que los estereotipos de género han ido incorporando los cambios en los roles sociales y ocupacionales de uno y otro género.¹⁰¹

Pensar los estereotipos como resistentes al cambio, es consecuencia de estudios que muestran que las personas a menudo no actualizan los estereotipos grupales en respuesta a personas *contra-estereotípicas*:¹⁰² La evidencia sugiere que esto ocurre porque los observadores segregan mentalmente a las personas contra-estereotípicas en *subtipos* de manera que el estereotipo está protegido efectivamente contra

⁹⁹ Cf. Banaji y Hardin, "Automatic Stereotyping" en *Psychological Science*, pp. 136-142.

¹⁰⁰ Cf. Rade *et al.*

¹⁰¹ Cf. Eagly y Karau, *op. cit.*

¹⁰² Un *contraestereotipo* hace referencia a un objeto determinado o a una idea que se presenta como contraria a un estereotipo consolidado.

la des-confirmación.¹⁰³ El subtipo o la subtipificación, se emplea cuando las personas contra-estereotípicas son lo suficientemente desviadas¹⁰⁴ como para que se puedan clasificar como valores atípicos de esa categoría o *clúster*. En otras palabras, el subtipo representa a un conjunto de casos atípicos del exogrupo al cual se le asigna otro estereotipo¹⁰⁵ permitiendo mantener intactos los estereotipos previos.¹⁰⁶

En niveles más bajos de desviación, las personas contra-estereotípicas del exogrupo son separadas por los miembros del endogrupo en varias subcategorías o *subgrupos* en base a las semejanzas al interior de las subcategorías y las diferencias entre las subcategorías.¹⁰⁷ En este caso y tal como es mencionado por Saiz *et al.* en contraste con los subtipos, los miembros de los subgrupos no son percibidos como elementos que se desvían de la categoría mayoritaria. Por el contrario, los subgrupos son percibidos como individuos que comparten muchos de los atributos de la categoría superior, aunque, de manera ligeramente diferente en cada uno.¹⁰⁸

Por lo consiguiente, el proceso de categorización se vuelve activo frente a información desconfirmatoria e inconsistente: los parámetros de similitud percibida y diferencia cambian para adaptarse a los patrones observados. De acuerdo con la visión cognitiva social predominante —de categorías y estereotipos como estructuras cognitivas—,¹⁰⁹ Hewstone interpreta tanto el cambio observado como la

¹⁰³ Cf. Hewstone, *op cit.*

¹⁰⁴ Por *desviado* se hace referencia a la distancia con respecto a la media en la distribución de un determinado rasgo.

¹⁰⁵ Cf. Saiz, *et al.*, “Estereotipos Sobre los Mapuches: Su Reciente Evolución” en *Psyche*, pp. 27-40.

¹⁰⁶ Cf. Hewstone, *op. cit.*

¹⁰⁷ V. Maurer, *et al.*, “Subtyping versus subgrouping processes in stereotype representation”, en *Journal of Personality and Social Psychology*, pp. 812-824. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.69.5.812>; Park y Judd, “Rethinking the Link Between Categorization and Prejudice Within the Social Cognition Perspective”, en *Personality and Social Psychology Review*, pp. 108-130. Disponible en https://doi.org/10.1207/s15327957pspr0902_2; Richards y Hewstone, “Subtyping and Subgrouping: Processes for the Prevention and Promotion of Stereotype Change”, en *Personality and Social Psychology Review*, pp. 52-73. Disponible en https://doi.org/10.1207/s15327957pspr0501_4.

¹⁰⁸ Cf. Park, Ryan y Judd, “Role of meaningful subgroups in explaining differences in perceived variability for in-groups and out-groups” en *Journal of personality and social psychology*, pp. 553-567.

¹⁰⁹ V. Fiske y Taylor, *op cit.*

estabilidad observada como reflejos del estado de la *estructura cognitiva relevante*; es decir la categoría general ha asimilado alguna información nueva (cambio), o —más a menudo— se ha construido un subtipo para acomodar la nueva información, quizás con la intención deliberada de preservar el significado establecido y las connotaciones valorativas de la categoría general (estabilidad).¹¹⁰

En la investigación sobre los estereotipos son fundamentales los hallazgos que describen cómo las creencias estereotipadas son rígidas, no responden a la realidad y, en general, son resistentes al cambio. Esta era la concepción mucho antes de que se desarrollará el análisis cognitivo,¹¹¹ y quizás contribuyó a la interpretación de los estereotipos como estructuras cognitivas con defensas de procesamiento integradas contra la desconfirmación. En este sentido, es importante destacar que la visión de los estereotipos, como estructuras cognitivas y como entidades cognitivas relativamente estables, implica que los intentos de cambio de estereotipos generalmente han tomado la forma de ataques a esas estructuras; es decir, al contenido de las representaciones cognitivas relevantes. Por ende, si bien es posible afirmar que los estereotipos intergrupales son muy difíciles de erradicar dado que juegan un papel crucial en casi todos los aspectos de la vida social y política, con frecuencia existen muy buenas razones para intentar cambiar algunas de ellas.

Gran parte de la investigación sobre el cambio de estereotipos parece estar motivada por la creencia de que cambiar la forma en que los grupos se estereotipan entre sí, cambiará la forma en que se relacionan entre sí. Sin embargo, existe evidencia de que el proceso inverso es mucho más frecuente y poderoso y que, cambiando las realidades intergrupales y las interpretaciones ideológicas disponibles de esas realidades, se pueden lograr cambios notorios en el proceso de construcción y perpetuación de estereotipos sociales.

¹¹⁰ Cf. Hewstone, *op. cit.*; Yzerbyt, *et al.*, “Stereotypes as explanations: A subjective essentialistic view of group perception”, en *The social psychology of stereotyping and group life*, pp. 20-50.

¹¹¹ V. por ejemplo Fishman, “An Examination of the Process and Function of Social Stereotyping” en: *The Journal of Social Psychology*, pp. 27-64. Disponible en <https://doi:10.1080/00224545.1956.9919199>; Kerr, “An Experimental Investigation of National Stereotypes” en *The Sociological Review*, pp. 37-43. Disponible en <https://doi:10.1111/j.1467-954x.1943.tb02729.x>; Lippmann, “Stereotypes”, en *Public opinion*, pp. 79-94. Disponible en <https://doi.org/10.1037/14847-006>.

1. Estrategias para la reducción del conflicto intergrupal

Los elevados niveles de conflictividad intergrupal, que desencadenan los estereotipos y sus consecuentes actitudes prejuiciosas, generan un malestar en quienes los padecen, afectando la autoestima, reduciendo las oportunidades laborales, alentando la estigmatización y produciendo desventajas socioeconómicas, violencia e injusticias.¹¹²

Los resultados de muchos años de investigación han dado lugar a dos perspectivas centrales que consideran fundamental favorecer las relaciones intergrupales para abordar esta problemática social y contribuir a su superación. Hay evidencia de que, por una parte, el contacto intergrupal positivo y sostenido a lo largo del tiempo y, por otro lado, el uso de estrategias para facilitar la recategorización, han sido estrategias eficaces.¹¹³

A. El Contacto Intergrupal

Diferentes estudios llevados a cabo durante las últimas décadas sostienen que el contacto intergrupal, en circunstancias idóneas, ayudaría a reducir las relaciones conflictivas existentes entre los miembros de los diferentes grupos sociales.¹¹⁴ Para que las circunstancias sean idóneas es necesario, en primer lugar, que los dos grupos ostenten una condición o situación similar y que el contacto produzca un beneficio potencial para ambos; en segundo lugar, que la situación los conduzca a un acercamiento y conocimiento que vaya más allá de un vínculo superficial; y tercero, que se lleve a cabo con la ayuda de grupos sociales destacados o relevantes para ambos grupos en cuestión. Finalmente, también se requiere que autoridades pertinentes cumplan con la función de mediadores entre las partes.

¹¹² Cf. Brown y Hewstone, *op. cit.*

¹¹³ Cf. Hewstone, *op. cit.*

¹¹⁴ Para una revisión, V. Allport, *op. cit.*; Pettigrew, "Intergroup Contact Theory", en *Annual Review of Psychology*, pp. 65-85. Disponible en <https://doi:10.1146/annurev.psych.49.1.65>; Dovidio *et al.*, *op. cit.*

Por lo expuesto, es evidente que el contacto intergrupar proporciona varios beneficios, dentro de los cuales cabe destacar la disminución de la ansiedad intergrupar,¹¹⁵ la cual se ve favorecida por la promoción de situaciones intergrupales positivas. En particular, el contacto favorece a que se tome la perspectiva desde el lugar de la víctima, aspecto central en el desarrollo de la empatía.¹¹⁶ Asimismo, la cooperación en diferentes actividades con miembros de grupos sociales diferentes al propio facilita la reducción de los estereotipos, ya que ponen en cuestión sus formas descriptivas —aquellas que indican cómo se comporta supuestamente la mayoría de las personas de un grupo, así como qué es lo que supuestamente prefieren—, al no coincidir con las expresiones prescriptivas —aquellas que indican cómo deben pensar, sentir y comportarse ciertos grupos sociales—. ¹¹⁷

Sin embargo, se ha observado que la interacción entre integrantes de diferentes grupos, a pesar de haber conseguido una modificación positiva sobre la percepción que tienen algunas personas sobre los integrantes de otro grupo, no llega a ser suficientemente fuerte y profunda, y más bien se limita a una situación puntual o entre integrantes particulares del grupo que fueron partícipes del contacto.¹¹⁸ Investigaciones más actuales plantean diferentes aspectos que deben ser tenidos en cuenta para que el contacto cooperativo, en su conjunto, conduzca a evaluaciones más favorables del exogrupo. De acuerdo con Brown y Hewstone, se requiere que las personas sean vistas como representantes típicos de sus grupos, que sus afiliaciones a los mismos no den lugar a dudas y se sostengan de manera constante durante la etapa de contacto.

Otro obstáculo que presentan estas estrategias es la dificultad de replicar a gran escala las condiciones óptimas para que el contacto intergrupar se lleve a cabo.

¹¹⁵ La ansiedad intergrupar es un fenómeno social identificado por Stephan y Stephan en 1985 que describe los sentimientos ambiguos de malestar o ansiedad que surgen espontáneamente en los miembros de un grupo, al interactuar con miembros de otros grupos.

¹¹⁶ Cf. Batson, *et al.*, “Empathy and attitudes: Can feeling for a member of a stigmatized group improve feelings toward the group?”, en *Journal of Personality and Social Psychology*, pp. 105-118. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.72.1.105>

¹¹⁷ Cf. Voci y Hewstone, “Intergroup Contact and Prejudice Toward Immigrants in Italy”, en *The Mediation Role of Anxiety and the Moderational Role of Group Salience. Group Processes & Intergroup Relations*, 6(1), 37-54. Disponible en <https://doi.org/10.1177/1368430203006001011>

¹¹⁸ Cf. Brown y Hewstone, *op. cit.*

A raíz de esto, diferentes autores plantean que, para promover actitudes más positivas respecto a los integrantes de otros grupos, se requiere un contacto constante y prolongado entre las personas,¹¹⁹ logrando así relaciones estrechas y fortalecidas que propicien actitudes más positivas. Al respecto, una investigación realizada por Paolini *et al.*, demostró que con la reducción de la ansiedad intergrupala y a través del contacto directo prolongado, se afianzaron las relaciones entre católicos y protestantes. El contacto duradero puede contribuir entonces a que haya una mejor y más amplia percepción del exogrupo, aunque la totalidad de sus miembros no haya estado en contacto directo.

Aunque la teoría del contacto se diseñó originalmente para encuentros raciales y étnicos, los metaanálisis sugieren que la teoría puede extenderse a otros grupos y contextos.¹²⁰ En el ámbito judicial, hay algunas pruebas limitadas de que la proximidad o el contacto con el sistema de justicia podría influir en las opiniones sobre cuestiones de justicia penal.¹²¹ Siguiendo lo anterior, por ejemplo, algunas investigaciones han encontrado que el contacto intergrupala es un predictor clave de las actitudes hacia la reincidencia, aunque los mecanismos subyacentes a este efecto siguen sin estar suficientemente claros.¹²² Además, se han esbozado varios mecanismos teóricamente plausibles de por qué el contacto puede moldear las opiniones sobre las políticas en relación a las personas y la justicia. En primer lugar, el contacto puede aumentar la empatía y la preocupación por las personas, así como atenuar las creencias sobre la criminalidad de un individuo y el riesgo de que reincida en una conducta delictiva. En este escenario, la familiaridad con una persona que tiene antecedentes penales atenúa los estereotipos, lo que lleva a la normalización de los antecedentes penales y a una visión más positiva de las personas con antecedentes.¹²³

¹¹⁹ V. Wright, *et al.*, *The extended contact effect: knowledge of cross-group friendships and prejudice*.

¹²⁰ Cf. Pettigrew y Tropp, "A meta-analytic test of intergroup contact theory", en *Journal of Personality and Social Psychology*, pp. 751-783. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.90.5.751>.

¹²¹ Cf. Rose y Clear, "Who Doesn't Know Someone in Jail? The Impact of Exposure to Prison on Attitudes Toward Formal and Informal Controls", en *The Prison Journal*, pp. 228-247. Disponible en <https://doi.org/10.1177/0032885504265079>.

¹²² Cf. Rade *et al.*, *op. cit.*

¹²³ Cf. Hirschfield y Piquero, "Normalization and legitimation: Modeling stigmatizing attitudes toward ex-offenders", en *Criminology*, pp. 27-55.

B. Decategorización y recategorización

Como se mencionó anteriormente, el prejuicio y las relaciones intergrupales conflictivas en general, dependen en buena medida del modo en que las personas se auto-categorizan y categorizan a los demás en consecuencia. Al respecto, se puede suponer que, si se modifica o desaparece el pensamiento categorial, deberían modificarse o desaparecer los niveles de prejuicio. Por ello, frente a la pregunta de si es posible lograr tales modificaciones sobre el proceso cognitivo de categorización social, se han planteado múltiples respuestas, dentro de las cuales se encuentran la posibilidad de que se produzca un proceso de *decategorización* y un proceso de *recategorización*.

El primero de estos fenómenos se analiza partiendo de uno de los factores centrales del contacto intergrupar, la cooperación, dado que la misma también pueden reducir el sesgo al reducir la prominencia de los límites intergrupales, es decir, mediante la *decategorización*. Según esta perspectiva, la interacción durante el contacto intergrupar puede individualizar a los miembros del exogrupo al revelar variabilidad en sus opiniones¹²⁴ o puede producir interacciones en las que las personas son vistas como individuos únicos (personalización), a raíz del intercambio de información íntima.¹²⁵

Alternativamente, el contacto intergrupar puede estructurarse para mantener, pero al mismo tiempo, alterar la naturaleza de los límites del grupo, es decir, para producir una *recategorización*. Esta, implica que personas de diferentes subgrupos pueden empezar a verse unos a otros como parte de un mismo grupo de orden superior, es decir, que incluya a ambos.¹²⁶ Una de las estrategias de recategorización que se ha implementado para mejorar las actitudes intergrupales, es la de lograr que los interactuantes sean conscientes de que los miembros de otro grupo también son miembros del propio grupo cuando los grupos están definidos por

¹²⁴ Cf. Wilder, "Social categorization: Implications for creation and reduction of intergroup bias", en *Advances in experimental social psychology*, pp. 291-355.

¹²⁵ Cf. Brewer, *op. cit.*; Brewer y Miller, "Beyond the contact hypothesis: Theoretical perspectives on desegregation", en *Groups in contact: The psychology of desegregation*, pp. 281-302.

¹²⁶ V. Gaertner, *et al.*, *op. cit.*

una dimensión diferente.¹²⁷ Otra estrategia, implica el desarrollo de intervenciones para cambiar las concepciones de las personas sobre los grupos, de modo que piensen en la membresía no en términos de varios grupos diferentes, sino en términos de un grupo más inclusivo.¹²⁸

Atendiendo a las diferencias entre ambas estrategias, la recategorización puede ser una estrategia más viable, aunque puede resultar difícil de lograr cuando los grupos son muy diferentes entre sí —por ejemplo, niñas y mujeres musulmanas que usan velos, en comparación con las no musulmanas— o bien, que las personas de dos grupos opuestos, con una historia común de antipatía y conflicto, puedan considerarse como miembros de un mismo grupo de orden superior. En ocasiones, dado que la recategorización también puede representar una amenaza para la identidad social de ciertos subgrupos puede suceder que las personas no quieran abandonar sus identidades subgrupales para formar parte de identidades de orden superior, más generales y menos distintivas.

Por lo expuesto, se considera que una estrategia más exitosa puede resultar de la combinación de una identidad de orden superior y las identidades distintivas de los subgrupos, de modo que cada grupo conserve su identidad subgrupala distintiva, pero dentro de una identidad común. Un ejemplo de esta combinación, que puede verse reflejada en el ámbito social, son las políticas sociales multiculturalistas o que promueven el pluralismo cultural, en donde si bien se reconocen las diferencias entre grupos, las mismas sirven de retroalimentación mutua dentro de una identidad común de orden superior que subraya la interdependencia cooperativa y celebra la diversidad. Esta noción ha sido especialmente desarrollada en algunas sociedades y países, sobre todo en aquellos con una alta población de inmigrantes como Australia, Nueva Zelanda y Canadá.

¹²⁷ Cf. Urban y Miller, “A theoretical analysis of crossed categorization effects: A meta-analysis”, en: *Journal of Personality and Social Psychology*, pp. 894-908. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.74.4.894>.

¹²⁸ Anastasio, *et al.*, “The Common Ingroup Identity Model: Recategorization and the Reduction of Intergroup Bias”, en *European Review of Social Psychology*, pp. 1-26. Disponible en <https://doi.org/10.1080/14792779343000004>.

A modo de conclusión, resulta evidente que nuestro comportamiento está influenciado de manera compleja por otras personas y los grupos a los que éstas pertenecen. Si bien en ocasiones la presencia de los demás puede mejorar nuestro rendimiento y nuestro juicio, a veces los empeora. Asimismo, en ocasiones otras personas pueden animarnos a intervenir y ayudar a otros, pero también en otras nos inhiben. El resultado entonces depende de una compleja ponderación entre los costos y beneficios de intervenir frente a no intervenir y, a veces, las personas pueden comportarse de maneras que nunca hubieran creído ser capaces.

2. Estrategias para reducir los estereotipos en el sistema judicial

Teniendo en cuenta que abordar los estereotipos judiciales resulta un elemento fundamental para garantizar la justicia, a continuación, se recuperan una serie de estrategias que pueden utilizarse para contrarrestar los estereotipos en el sistema judicial:¹²⁹

A. Destacar los daños que ocasionan los estereotipos judiciales mediante la investigación basada en evidencia

Una contribución clave es crear conciencia sobre los daños que ocasionan los estereotipos judiciales a través de la investigación basada en evidencia. Dicha investigación podría resaltar la prevalencia, la naturaleza y los daños de los estereotipos en los casos de violencia o, por ejemplo, en los fallos dictaminados por tribunales o jueces.

B. Abogar por reformas legales y políticas que prohíban los estereotipos judiciales

Las leyes y políticas nacionales ayudan a garantizar que los jueces y otros actores del sistema judicial cumplan con sus obligaciones con relación a los estereotipos.

¹²⁹ Cf. Cusak, *Eliminating judicial stereotyping. Equal access to justice for women in gender-based violence cases*. Disponible en <https://rm.coe.int/1680597b20>.

También estas reformas, pueden dar a las víctimas una causa de acción legal directa para hacer responsables a los jueces en caso de que hayan incurrido en sesgos basados en estereotipos en la impartición de justicia. Son los defensores quienes deben considerar si en un determinado contexto se necesita una reforma para fortalecer las protecciones nacionales contra los estereotipos judiciales y cualquier otro tipo de sesgo en el que se esté incurriendo. Dichas reformas podrían incorporar diferentes tipos de protecciones contra los estereotipos, entre las que se pueden mencionar por ejemplo, *protecciones generales*, en donde se proteja contra todos los estereotipos —raciales, de género, entre otros—, incluso por parte de los jueces; *protecciones específicas*, es decir contra los estereotipos en áreas particulares —de violencia de género por ejemplo— o contra los estereotipos sobre grupos específicos —mujeres, personas con discapacidad, minorías sexuales, entre otras—; y *protecciones situacionales*, como por ejemplo ciertas reglas de evidencia que buscan prevenir los estereotipos en casos de agresión sexual.

C. Supervisar y analizar el razonamiento judicial en busca de pruebas de estereotipos

Los defensores de los derechos humanos deben estar atentos para garantizar que los estereotipos no impidan el correcto acceso a la justicia de las personas en una determinada sociedad. Esto significa escudriñar el razonamiento judicial para asegurar que los jueces estén cumpliendo con su obligación de tomar decisiones basadas en la ley y los hechos y no en estereotipos. Hay una serie de preguntas clave que los defensores deben considerar al monitorear y analizar el razonamiento judicial en busca de evidencia sobre la presencia de estereotipos durante la impartición de justicia: ¿El juez se involucró en estereotipos o no desafió los estereotipos en los tribunales inferiores? ¿Cuáles son los estereotipos operativos? ¿Cómo se perjudicó a la víctima como resultado de los estereotipos judiciales? Los defensores deben ser conscientes de que incluso las decisiones que defienden los derechos de las víctimas pueden perpetuar los estereotipos si los jueces u otros responsables de la toma de decisiones no abordan los estereotipos.

D. Desafiar los estereotipos judiciales mediante peticiones y pruebas periciales

Se supone que las salas de audiencias son lugares donde se respetan los derechos humanos, donde las decisiones son justas e imparciales y no se ven comprometidas por las opiniones estereotipadas de los jueces y otros prejuicios. Entonces, cuando los estereotipos cierran las mentes de los jueces a la verdad, cuando menoscaban su capacidad para evaluar los hechos y distorsionan el proceso de búsqueda de la verdad, las decisiones judiciales deben ser impugnadas. Y en esto hay un papel importante que deben desempeñar los defensores de los derechos humanos, en asegurarse de que todos los aspectos del sistema legal trasciendan los mitos y estereotipos para lograr una verdadera imparcialidad, igualdad y, en última instancia, justicia.

En este sentido, los defensores de los derechos humanos pueden desafiar los estereotipos judiciales, ayudando a las víctimas a apelar decisiones que impliquen estereotipos ante tribunales nacionales superiores, presentar peticiones o comunicaciones a organismos regionales o internacionales de derechos humanos alegando violaciones de derechos humanos basadas en estereotipos judiciales, así como también identificar expertos para que presten pruebas sobre los estereotipos judiciales en su nombre.

E. Destacar ejemplos de buenas prácticas de jueces que desafían los estereotipos

Siempre que sea posible, los defensores de los derechos humanos deben destacar ejemplos de buenas prácticas de esfuerzos para abordar los estereotipos judiciales. Estos ejemplos brindan una guía importante para desacreditar los estereotipos y brindan a los jueces una perspectiva externa importante que puede ayudarlos a ir más allá de los estereotipos. Los ejemplos de buenas prácticas para abordar los estereotipos judiciales pueden incluir: leyes y políticas que prohíben y sancionan los estereotipos judiciales, reglas de prueba y procedimiento que limitan las oportunidades para los estereotipos, sentencias que cuestionan los

estereotipos judiciales de los tribunales inferiores, así como recursos y capacitación que fortalezcan la capacidad judicial para abordar los estereotipos.

F. Mejorar la capacidad judicial para abordar los estereotipos

La educación y la formación son fundamentales para desarrollar la capacidad de abordar los estereotipos judiciales y garantizar que la toma de decisiones no se vea afectada negativamente por estereotipos dañinos. En esta línea, el desarrollo de programas de formación y educación jurídica continua constituye un valor central en la contribución al desarrollo de la capacidad del poder judicial para desafiar los estereotipos dentro y fuera del sistema judicial penal. Los defensores de los derechos humanos pueden desempeñar un papel importante en la creación de capacidad judicial para abordar los estereotipos. Esto podría incluir trabajar con organismos clave —por ejemplo, colegios judiciales— que brindan educación y capacitación a los jueces. También podría incluir la realización de sus propios programas de educación y formación para la profesión jurídica y la difusión de sus propios recursos sobre los estereotipos, incluidos los enfoques de buenas prácticas.

Las estrategias identificadas tienen como objetivo garantizar la existencia de marcos legales y políticos adecuados para prevenir y abordar los estereotipos judiciales. También tienen como objetivo garantizar que: se identifiquen los estereotipos judiciales; se nombran estereotipos operativos; se entienden los daños de los estereotipos judiciales; y los jueces cumplen con sus obligaciones en materia de derechos humanos en la práctica. Dado que muchos de los mismos estereotipos que facilitan y toleran la violencia de género socavan los derechos de la mujer en otros ámbitos, es fundamental que los defensores apliquen estas estrategias en todos los ámbitos de su trabajo.

Bibliografía

Adorno, T., Frenkel-Brunswik, E., Levinson, L. y Sanford, N., *The Authoritarian Personality*. Harper, Nueva York, 1950.

- Allport, G. W., *The nature of prejudice*. Addison-Wesley, Boston, 1954.
- Anastasio, P., Bachman, B., Dovidio, J., Gaertner, S., Rust, M., “The Common Ingroup Identity Model: Recategorization and the Reduction of Intergroup Bias”, *European Review of Social Psychology*, 4(1), 1993, pp. 1-26. Disponible en <https://doi.org/10.1080/14792779343000004>
- Arena, F. J., “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual”, *Rev. derecho*, núm. 29(1), Valdivia, 2016, pp. 51-75. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100003>
- Avery, J., Oh, D. y Cooper, J., “Race and Perceived Immorality in Stereotypes of Criminal Subtypes”, *Basic and Applied Social Psychology*, núm. 43, 2021. Disponible en <https://doi.org/10.1080/01973533.2021.1931220>
- Banaji, M., y Hardin, H., “Automatic Stereotyping”, *Psychological Science*, núm. 7, 1996, pp. 136-142.
- Batson, C. D., Polycarpou, M. P., Harmon-Jones, E., Imhoff, H. J., Mitchener, E. C., Bednar, L. L., Klein, T. R. y Highberger, L., “Empathy and attitudes: Can feeling for a member of a stigmatized group improve feelings toward the group?”, *Journal of Personality and Social Psychology*, núm. 72(1), 1997, pp. 105-118. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.72.1.105>
- Battistich, V. A. y Aronoff, J., “Perceiver, target, and situational influences on social cognition: An interactional analysis”, *Journal of Personality and Social Psychology*, núm. 49(3), 1985, 788-798. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.49.3.788>
- Beckman, L. y Rodriguez, N., “Race, Ethnicity, and Official Perceptions in the Juvenile Justice System: Extending the Role of Negative Attributional Stereotypes”, *Criminal Justice and Behavior*, 2021. Disponible en <https://doi.org/10.1177/00938548211004672>

- Brewer, M. B., "Ingroup identification and intergroup conflict: When does ingroup love become outgroup hate?", en Ashmore, R. D., Jussim, L y Wilder, D. (Eds.), *Social identity, intergroup conflict, and conflict reduction*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 17-41.
- Brewer, M. B., y Miller, M.B., "Beyond the contact hypothesis: Theoretical perspectives on desegregation". en N. Miller & M.B. Brewer (Eds.) *Groups in contact: The psychology of desegregation*, Academic Press, Los Angeles, 1984.
- Brown, R., y Hewstone, M., "An Integrative Theory of Intergroup Contact", In M. P. Zanna (Ed.), *Advances in experimental social psychology*, Elsevier Academic Press, Cambridge, 2005, pp. 255-343. Disponible en [https://doi.org/10.1016/S0065-2601\(05\)37005-5](https://doi.org/10.1016/S0065-2601(05)37005-5)
- Chan, W., McCrae, R. y Fruyt, F., "Stereotypes of Age Differences in Personality Traits: Universal and Accurate?", *Journal of Personality and Social Psychology*, núm. 103(6), 2012, pp. 1050-1066. Disponible en <https://doi:10.1037/a0029712>
- Cikara, M., "Causes and Consequences of Coalitional Cognition", *Advances in Experimental Social Psychology*, núm. 64, 2021, pp. 65-128. Disponible en <https://doi.org/10.31219/osf.io/ktpf7>
- Crawford, J. T, Jussim, L., Madon, S., Cain, T. R. y Stevens, S. T., "The use of stereotypes and individuating information in political person perception", *Personality and Social Psychology Bulletin*, núm. 37(4), 2011, pp. 529-542. Disponible en <https://doi.org/10.1177/0146167211399473>
- Cusak, S., "Eliminating judicial stereotyping", *Equal access to justice for women in gender-based violence cases*, núm. 9, 2014. Disponible en <https://rm.coe.int/1680597b20>

- Deaux, K. y Martin, D., "Interpersonal networks and social categories: Specifying levels of context in identity processes", *Social Psychology Quarterly*, núm. 66(2), 2003, pp. 101-117.
- Diekman, A. B., Eagly, A. H. y Kulesa, P., "Accuracy and Bias in Stereotypes about the Social and Political Attitudes of Women and Men", *Journal of Experimental Social Psychology*, núm. 38(3), 2002, pp. 268-282. Disponible en <https://doi:10.1006/jesp.2001.1511>
- Dovidio, J. F., Hewstone, M., Glick, P., y Esses, V. M., (Eds.). *The Sage handbook of prejudice, stereotyping, and discrimination*, Sage, Thousand Oaks, 2010.
- Dunham, Y., Stepanova, E. V., Dotsch, R. y Todorov, A., "The development of race-based perceptual categorization: skin color dominates early category judgments", *Developmental Science*, núm. 18(3), 2014, pp. 469-483. Disponible en <https://doi:10.1111/desc.12228>
- Eagly, A. H. y Karau, S. J., "Role congruity theory of prejudice toward female leaders", *Psychological Review*, núm. 109, 2002, pp. 573-598.
- Eberhardt, J. L., Goff, P. A., Purdie, V. J. y Davies, P. G., "Seeing Black: Race, Crime, and Visual Processing", *Journal of Personality and Social Psychology*, núm. 87(6), 2004, pp. 876-893. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.87.6.876>
- Fisher, S., *Stress and strategy*, NJ: Lawrence Erlbaum, Hillsdale, 1986.
- Fishman, J. A., "An Examination of the Process and Function of Social Stereotyping", *The Journal of Social Psychology*, núm. 43(1), 1956, pp. 27-64. Disponible en <https://doi:10.1080/00224545.1956.9919199>
- Fiske, S. T., "Stereotyping, prejudice, and discrimination", en D. T. Gilbert, S. T. Fiske y G. Lindzey (Eds.), *The handbook of social psychology*, McGraw-Hill, Nueva York, 1998, pp. 357-411.

- _____, “Social cognition and the normality of prejudice”, *On the nature of prejudice: Fifty years after Allport*, 2005, pp. 36-53.
- Fiske, S. T., y Depret, E., “Control, interdependence and power: Understanding social cognition in its social context”, *European Review of Social Psychology*, núm. 7, 1996, pp. 31-61.
- Fiske, T. S. y Tablante, C. B., “Attitudes and Social Cognition”, en M. Mikulincer & P. R. Shaver (Editors-in-Chief), *APA Handbook of Personality and Social Psychology*, Vol. 1, 2015, pp.457-507. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1037/14341-015>
- Fiske, S., y Taylor, S.E., *Social Cognition: From brain to culture*. 2th Ed. Sage, California, 2013.
- Galli, F., “Sexual Assault and the Justice Gap: a Question of Attitude”, *Cambridge Law Journal*, núm. 68(2), 2009, pp. 485-487.
- Gaertner, S., Guerra, R., Rebelo, M., Dovidio, J., Hehman, E., y Deegan, M., “The Common Ingroup Identity Model and the Development of a Functional Perspective: A Cross-National Collaboration”, en Vala J., Waldzus S., Calheiros M. (eds) *The Social Developmental Construction of Violence and Intergroup Conflict*. Springer, Cham. 2016. Disponible en https://doi.org/10.1007/978-3-319-42727-0_5
- Geis, F. L., “Self-fulfilling prophecies: A social psychological view of gender”, In Beall, A. E. y Sternberg, R. J. (Eds.), *The psychology of gender*, Guilford Press, Nueva York, 1993, pp. 9-54.
- Glick, P. y Fiske, S. T., “Ambivalent sexism”, *Advances in Experimental Social Psychology*, Academic Press, Cambridge, 2001, pp. 115-188. Disponible en [https://doi:10.1016/s0065-2601\(01\)80005-8](https://doi:10.1016/s0065-2601(01)80005-8)

- Goffman, E., *The Presentation of Self in Everyday Life*, NY: Doubleday Anchor, Garden City, 1959.
- Greenwald, A. G., y Banaji, M. R., “The implicit revolution: Reconceiving the relation between conscious and unconscious”, *American Psychologist*, núm. 72(9), 2017, p. 861.
- Hantzi, A., “Change in stereotypic perceptions of familiar and unfamiliar groups: The pervasiveness of the subtyping model”, *British Journal of Social Psychology*, núm. 34(4), 1995, pp. 463-477. Disponible en <https://doi:10.1111/j.2044-8309.1995.tb01077.x>
- Heider, F., *The Psychology of Interpersonal Relations*. Wiley, Hoboken, Nueva Jersey, 1958.
- Heilman, M. E. y Haynes, M. C., “Combating organizational discrimination: Some unintended consequences”, en R.L. Dipboye and A. Colella (eds), *Discrimination at Work: The Psychological and Organizational Bases*, NJ: Erlbaum, Mahwah, 2005, pp. 339-362.
- Hewstone, M., “Revision and Change of Stereotypic Beliefs: En Search of the Elusive Subtyping Model”, *European Review of Social Psychology*, núm. 5(1), 1994, pp. 69-109. Disponible en <https://doi.org/10.1080/14792779543000020>
- Hirschfield, P. J. y Piquero, A. R., “Normalization and legitimation: Modeling stigmatizing attitudes toward ex-offenders”, *Criminology*, núm. 48, 2010, pp. 27-55.
- Hogg, M. A., Abrams, D., Otten, S. y Hinkle, S., “The social identity perspective: Intergroup relations, self-conception, and small groups”, *Small Group Research*, núm. 35, 2004, pp. 246-276.

- Holoien, D. S., Bergsieker, H. B., Shelton, J. N. y Alegre, J. M., “Do you really understand? Achieving accuracy in interracial relationships”, *Journal of Personality and Social Psychology*, núm. 108(1), 2015, pp. 76-92.
- Islam, M. R. y Hewstone, M., “Intergroup attributions and affective consequences in majority and minority groups”, *Journal of Personality and Social Psychology*, núm. 64(6), 1993, pp.936-950. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.64.6.936>
- James, L., “The stability of implicit racial bias in police officers”, *Police Quarterly*, núm. 21(1), 2018, pp. 30-52.
- Johnston, L. y Hewstone, M., “Cognitive models of stereotype change”, *Journal of Experimental Social Psychology*, núm. 28(4), 1992, pp. 360-386. Disponible en [https://doi:10.1016/0022-1031\(92\)90051-k](https://doi:10.1016/0022-1031(92)90051-k)
- Jost, J. T. y Banaji, M. R., “The role of stereotyping in system-justification and the production of false consciousness”, *British Journal of Social Psychology*, núm. 33(1), 1994, pp. 1-27.
- Kerr, M., “An Experimental Investigation of National Stereotypes”, *The Sociological Review*, núm. 35(1), 1943, pp. 37-43. Disponible en <https://doi:10.1111/j.1467-954x.1943.tb02729.x>
- Koenig, A. M. y Eagly, A. H., “Evidence for the social role theory of stereotype content: Observations of groups’ roles shape stereotypes”, *Journal of Personality and Social Psychology*, núm. 107(3), 2014, pp. 371-392
- Krueger, J. y Rothbart, M., “Use of categorical and individuating information in making inferences about personality”, *Journal of Personality and Social Psychology*, núm. 55(2), 1988, pp. 187-195. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.55.2.187>

- Lantz, B., Gladfelter, A. S. y Ruback, R. B., "Stereotypical hate crimes and criminal justice processing: A multi-dataset comparison of bias crime arrest patterns by offender and victim race", *Justice Quarterly*, núm. 36(2), 2019, pp. 193-224.
- Levinson, J. D. y Young, D., "Implicit Gender Bias in the Legal Profession: An Empirical Study", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, núm. 18(1), 2010.
- Linville, P. W., "The heterogeneity of homogeneity", en J. M. Darley y J. Cooper (Eds.), *Attribution and social interaction: The legacy of Edward E. Jones*, American Psychological Association, 1998, pp. 423-487. Disponible en <https://doi.org/10.1037/10286-008>
- Lippmann, W., Stereotypes. En W. Lippmann, *Public opinion*, MacMillan Co, 1922, pp. 79-94. Disponible en <https://doi.org/10.1037/14847-006>
- Macrae, C. N., Stangor, C. y Milne, A. B., "Activating Social Stereotypes: A Functional Analysis", *Journal of Experimental Social Psychology*, núm. 30(4), 1994, pp. 370-389. Disponible en <https://doi:10.1006/jesp.1994.1018>
- Madon, S., Guyll, M., Aboufadel, K., Montiel, E., Smith, A., Palumbo, P., y Jussim, L., "Ethnic and National Stereotypes: The Princeton Trilogy Revisited and Revised", *Personality and Social Psychology Bulletin*, núm. 27(8), 2001, pp. 996-1010. Disponible en <https://doi:10.1177/0146167201278007>
- Maurer, K. L., Park, B., & Rothbart, M., "Subtyping versus subgrouping processes in stereotype representation", *Journal of Personality and Social Psychology*, núm. 69(5), 1995, pp. 812-824. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.69.5.812>
- McCauley, C., Stitt, C. L., y Segal, M., "Stereotyping: From prejudice to prediction", *Psychological Bulletin*, núm. 87(1), 1980, pp. 195-208. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0033-2909.87.1.195>

- Mead, G. H., *Espíritu, persona y sociedad*. Paidós, Barcelona, 1934/1999.
- Mears, D. P., Stewart, E. A., Siennick, S. E. y Simons, R. L., “The code of the street and inmate violence: investigating the salience of imported belief systems”, *Criminology*, núm. 51(3), 2013, pp. 695-728. Disponible en <https://doi.org/10.1111/1745-9125.12017>
- Morris, M. W., y Peng, K., “Culture and cause: American and Chinese attributions for social and physical events”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 67(6), 1994, pp. 949-971. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.67.6.949>
- Paluck, E. L., Porat, R., Clark, C. S., y Green, D. P., “Prejudice reduction: Progress and challenges”, *Annual review of psychology*, núm. 72, 2021, pp. 533-560.
- Paolini, S., Hewstone, M., Cairns, E. y Voci, A., “Effects of Direct and Indirect Cross-Group Friendships on Judgments of Catholics and Protestants in Northern Ireland: The Mediating Role of an Anxiety-Reduction Mechanism”, *Personality and Social Psychology Bulletin*, núm. 30(6), 2004, pp. 770-786. Disponible en <https://doi.org/10.1177/0146167203262848>
- Park, B. y Judd, C. M., “Rethinking the Link Between Categorization and Prejudice Within the Social Cognition Perspective”, *Personality and Social Psychology Review*, núm. 9(2), 2005, pp. 108-130. Disponible en https://doi.org/10.1207/s15327957pspr0902_2
- Park, B., Ryan, C. S., y Judd, C. M., “Role of meaningful subgroups in explaining differences in perceived variability for in-groups and out-groups”, *Journal of personality and social psychology*, 63(4), 1992, pp. 553-567.
- Pettigrew, T. F. y Tropp, L. R., “A meta-analytic test of intergroup contact theory”, *Journal of Personality and Social Psychology*, núm. 90(5), 2006, pp. 751-783. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.90.5.751>

- Pettigrew, A. M., "On Studying Organizational Cultures". *Administrative Science Quarterly*, núm. 24(4), 1979, pp. 570-581. Disponible en <https://doi:10.2307/2392363>
- Pettigrew, T. F., "Intergroup Contact Theory", *Annual Review of Psychology*, núm. 49(1), 1998, pp. 65-85. Disponible en <https://doi:10.1146/annurevpsych.49.1.65>
- Pettit, B. y Western, B., "Mass Imprisonment and the Life Course: Race and Class Inequality in U.S. Incarceration", *American Sociological Review*, núm. 69(2), 2004, pp. 151-169. Disponible en <https://doi:10.1177/000312240406900201>
- Phelps, E. S., "The Statistical Theory of Racism and Sexism", *The American Economic Review*, núm. 62(4), 1972, pp. 659,661
- Rade, C. B., Desmarais, S. L. y Mitchell, R. E., "A Meta-Analysis of Public Attitudes Toward Ex-Offenders", *Criminal Justice and Behavior*, núm. 43(9), 2016, pp. 1260-1280. Disponible en <https://doi:10.1177/0093854816655837>
- Real Academia Española. (s.f.). "Estereotipo", en *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 14 de agosto, 2021, de: <https://dle.rae.es/estereotipo>
- Richards, Z., y Hewstone, M., "Subtyping and Subgrouping: Processes for the Prevention and Promotion of Stereotype Change", *Personality and Social Psychology Review*, núm. 5(1), 2001, pp. 52-73. Disponible en https://doi:10.1207/s15327957pspr0501_4
- Rogers, K. H. y Wood, D., "Accuracy of United States regional personality stereotypes", *Journal of Research in Personality*, núm. 44(6), 2010, pp. 704-713. Disponible en <https://doi:10.1016/j.jrp.2010.09.006>
- Rose, D. R., y Clear, T. R. "Who Doesn't Know Someone in Jail? The Impact of Exposure to Prison on Attitudes Toward Formal and Informal Controls", *The Prison Journal*, núm. 84(2), 2004, pp. 228-247. Disponible en <https://doi:10.1177/0032885504265079>

- Ross, L., "The intuitive psychologist and his shortcomings", en L. Berkowitz (ed.), *Advances in Experimental Social Psychology*, New York: Academic Press. núm. 10, 1977, pp.173-220.
- Ruva, C. L., & Coy, A. E., "Your bias is rubbing off on me: The impact of pretrial publicity and jury type on guilt decisions, trial evidence interpretation, and impression formation", *Psychology, Public Policy, and Law*, núm. 26(1), 2020, pp. 22-35. Disponible en <https://doi.org/10.1037/law0000220>
- Saiz, J. L., Rapimán, M. E., & Mladinic, A., "Estereotipos Sobre los Mapuches: Su Reciente Evolución", *Psykhé*, núm. 17(2), 2008, pp. 27-40.
- Schneider, D. J., *The psychology of stereotyping*. Guilford Press, Nueva York, 2005.
- Schneider, D. J., Hastorf, A. H. y Ellsworth, P. C., *Person Perception*. Reading, Addison-Wesley, 1979.
- Skevington, S. y Baker, D., *The social identity of women*. Sage, Thousand Oaks, 1989.
- Snowball, L. y Weatherburn, D., "Does Racial Bias in Sentencing Contribute to Indigenous Overrepresentation in Prison?", *Australian and New Journal of Criminology*, núm. 40(3), 2007, pp. 272-90.
- Snyder, M., y Miene, P. K., "Stereotyping of the elderly: A functional approach", *British Journal of Social Psychology*, núm. 33(1), 1994, pp. 63-82. Disponible en <https://doi:10.1111/j.2044-8309.1994.tb01011.x>
- Sood, A. M., "Attempted justice: Misunderstanding and bias in psychological constructions of critical attempt", *Stanford Law Review*, núm. 71, 2019, p. 593.
- Stryker, S., "Identity Theory and Personality Theory: Mutual Relevance", *Journal of Personality*, núm. 75(6), 2007, pp. 1083-1102. Disponible en <https://doi:10.1111/j.1467-6494.2007.00468.x>

Tajfel, H., "Social identity and intergroup behavior", *Trends and developments*, 13(2), 1974, pp. 65-93.

_____, *Social identity and intergroup relations*. Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

Tajfel, H. y Turner, J. C., "The social identity theory of intergroup behavior", en S. Worchel y W. G. Austin (Eds.), *Psychology of intergroup relations*, Nelson-Hall, 1986, pp. 7-24.

Tilcsik, A., "Statistical Discrimination and the Rationalization of Stereotypes", *American Sociological Review*, núm. 86, 2020, pp. 93-122. Disponible en <https://doi:10.1177/0003122420969399>

Turner, J. C., *Rediscovering the social group: A self-categorization theory*. Blackwell, 1987.

Ungaretti, J., Etchezahar, E. y Barreiro, A., "Validation of the subtle and blatant prejudice scale towards indigenous people in Argentina", *Current Psychology*, núm. 39, 2020, pp. 1423-1429.

Urban, L. M., Miller, N., "A theoretical analysis of crossed categorization effects: A meta-analysis". *Journal of Personality and Social Psychology*, 74(4), 1998, pp. 894-908. Disponible en <https://doi.org/10.1037/0022-3514.74.4.894>

Voci, B., Hewstone, M., "Intergroup Contact and Prejudice Toward Immigrants in Italy", *The Mediatlional Role of Anxiety and the Moderational Role of Group Salience. Group Processes & Intergroup Relations*, 6(1), 2003, pp. 37-54. Disponible en <https://doi.org/10.1177/1368430203006001011>

Ware, L., "A comparative analysis of unconscious and institutional discrimination in the United States and Britain", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, núm. 36(1), 2007, pp. 89-157.

- Weber y Crocker, "Cognitive Processes in the Revision of Stereotypic Beliefs", *Journal of Personality and Social Psychology*, núm. 45(5), 1983, pp. 961-977.
- Wilder, D. A., "Social categorization: Implications for creation and reduction of intergroup bias", *Advances in experimental social psychology*, 19, 1985, pp. 291-355.
- Wilson, J. P. y Rule, N. O., "Facial trustworthiness predicts extreme criminal-sentencing outcomes", *Psychological Science*, núm. 26(8), 2015, pp. 1325-1331.
- Wright, S. C., Aron, A., McLaughlin-Volpe, T. y Ropp, S. A., *The extended contact effect: knowledge of cross-group friendships and prejudice*. Universidad de California: Santa Cruz, 1997.
- Wrightsmann, L., *The Psychology of the Supreme Court. American Psychology-Law Society Series*. Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Xiao, Y. J., Coppin, G. y Van Bavel, J. J., "Perceiving the world through group-colored glasses: A perceptual model of intergroup relations", *Psychological Inquiry*, núm. 27, 2016, pp. 255-274.
- Yogeeswaran, K., Devos, T. y Nash, K., "Understanding the nature, measurement, and utility of implicit intergroup biases", en C. G. Sibley y F. K. Barlow (Eds.), *The Cambridge handbook of the psychology of prejudice*, 2017, pp. 241-266. Cambridge University Press. Disponible en <https://doi.org/10.1017/9781316161579.011>
- Yzerbyt, V., Rocher, S. y Schadron, G. "Stereotypes as explanations: A subjective essentialistic view of group perception", en R. Spears, P. Oakes, N. Ellemers y S. A. Haslam (Eds.), *The social psychology of stereotyping and group life*, Blackwell published, 1997, pp. 20-50.

Los estereotipos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Alexandra Timmer**

Lorena Sosa***

* Traducción de Daniela Domeniconi.

** Doctora en Derecho, Universidad de Gante, Bélgica. Associate Professor, Utrecht School of Law, Netherlands Institute of Human Rights (SIM) y Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (RENFORCE), Países Bajos.

*** Doctora en Derecho, Universidad de Tilburg, Holanda. Assistant Professor, Utrecht School of Law, Netherlands Institute of Human Rights (SIM) y Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF), Países Bajos.

Los estereotipos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. I. Introducción; II. Comprender los estereotipos y su relación con la discriminación; III. El enfoque antiestereotipos del TEDH: una visión general; IV. Críticas y limitaciones; V. El camino a seguir: la adjudicación de los estereotipos; VI. Conclusiones.

I. Introducción

En la teoría jurídica, específicamente en la teoría jurídica feminista, existen distintos puntos de vista sobre las conexiones entre las diferentes formas de desigualdad y los estereotipos. Si bien existe un acuerdo generalizado acerca de que enfocarse en los estereotipos puede ayudar a los tribunales a conceptualizar la igualdad de una manera más significativa, existen debates referidos a si la forma en que los tribunales tratan los estereotipos es suficiente para promover la igualdad. Parece haber tres posiciones al respecto.

En primer lugar, varias comentaristas —principalmente de EEUU y Canadá— han sostenido que el enfoque antiestereotipos solo ha aportado igualdad formal a los tribunales, es decir, igualdad como equivalencia.¹ Otras comentaristas, también norteamericanas, han argumentado que el principio antiestereotipos se basa en una concepción sustantiva de la igualdad que no tiene que ver *per se* con la equivalencia, sino que está dirigida a rectificar el tipo de subordinación que

¹ Cf. Mackinnon, “Reflections on Sex Equality under Law”, en *Yale Law Journal*, pp. 1292-3; Suk, “Are Gender Stereotypes Bad For Women? Rethinking Antidiscrimination Law and Work-Family Conflict”, en *Columbia Law Review*, *passim*; Young, “Unequal to the Task: ‘Kapp’ing the Substantive Potential of Section 15”, en *Supreme Court Law Review*, p. 209.

surge de la aplicación de los roles tradicionales.² Por último, hay una serie de estudios, principalmente de académicas especializados en derechos humanos, que priorizan los estereotipos con una visión transformadora de la igualdad.³

La teoría del derecho basada en la igualdad transformadora impugna y pretende modificar las profundas causas de desigualdad y discriminación; promoviendo el cambio y evitando la perpetuación de políticas discriminatorias. Esta última afirma que los estereotipos se encuentran en los cimientos de los patrones sociales y culturales que privilegian a unos grupos sobre otros, y que la igualdad implica transformar estos patrones profundamente arraigados. Este capítulo sigue el tercer enfoque mencionado arriba, especializado en derechos humanos, pero argumenta que, hasta el momento, el enfoque basado en estereotipos no ha desarrollado aún su potencial transformador en la jurisprudencia del TEDH.

El capítulo comienza con un análisis acerca de qué son los estereotipos, cómo pueden concebirse jurídicamente y cómo sustentan todas las formas de discriminación. Luego, el capítulo explica cómo en los últimos años ha surgido un enfoque antiestereotipos en la jurisprudencia del TEDH. El capítulo describe, específicamente, la jurisprudencia pertinente del TEDH en materia de discriminación sexual y de violencia de género contra las mujeres, así como las principales conclusiones de la jurisprudencia en materia de estereotipos sobre discapacidad y discriminación racial.

² V. Franklin, “The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law”, en *New York University Law Review*; Cf; Siegel, “Struck By Stereotype: Ruth Bader Ginsburg on Pregnancy Discrimination as Sex Discrimination”, en *Duke Law Journal*, pp. 771-801.

³ V; Cook y Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*; Holtmaat & Naber, *Women’s Human Rights and Culture: From Deadlock to Dialogue*; Unzueta, *El derecho antidiscriminatorio y sus límites: especial referencia a la perspectiva iusfeminista*

Cf; Fredman, “Beyond the Dichotomy of Formal and Substantive Equality: Towards a New Definition of Equal Rights”, en *Temporary Special Measures: Accelerating De Facto Equality of Women Under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*, p.111; Timmer, “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, pp. 707-738; Clérico, “Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos”, en *Derechos En Acción*, pp. 206-241; Clérico, “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad”, en *Revista, Derecho Del Estado*, pp. 67-96; Añón, “Transformations in anti-discrimination law: progress against subordination” en *Revus*, pp. 27-43.

A continuación, el capítulo explora las limitaciones del enfoque del TEDH sobre los estereotipos y desarrolla tres críticas principales a este enfoque. En primer lugar, afirma que la perspectiva del tribunal es incoherente, en segundo lugar, que aún no ha adoptado una visión interseccional en su consideración de los estereotipos y, por último, y de manera más fundamental, que este gira en torno a una perspectiva binaria cishetero-normativa. El capítulo cierra con unas breves observaciones sobre el camino a seguir en la adjudicación de los estereotipos que, en opinión de las autoras, consiste en nombrar e impugnar los estereotipos desde una perspectiva interseccional. Sostenemos que, como aporte mínimo, los tribunales deberían “nombrar” los estereotipos, es decir, reconocerlos como visiones sesgadas de grupos o individuos, y examinar cuidadosamente sus implicancias negativas. Por otro lado, como aporte mayor, los tribunales pueden exponer y abordar el círculo vicioso en el que los estereotipos y la discriminación se perpetúan mutuamente, con el fin de contribuir a desmantelar la desigualdad estructural.

II. Comprender los estereotipos y su relación con la discriminación

1. Definición jurídica y formas de los estereotipos

Existen diferentes interpretaciones de los estereotipos, según la disciplina académica y el enfoque que se trate.⁴ El TEDH —o Tribunal de Estrasburgo— no ha brindado definiciones de estereotipos. Rebecca Cook y Simone Cusack han desarrollado una definición que se utiliza a menudo en las investigaciones jurídicas sobre derechos humanos y que también es utilizada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos —OACDH, *Estereotipos de género*—.

Según Cook y Cusack, un estereotipo es “una visión generalizada o una idea preconcebida de los atributos o las características que poseen los miembros de un grupo determinado, o de las funciones que son desempeñadas o deberían

⁴ Cf. Hinton, *Stereotypes and the Construction of the Social World*, cap. 1.

desempeñarse”.⁵ La parte que dice “son [...] o deberían” señala un aspecto importante del funcionamiento de los estereotipos; estos pueden ser tanto descriptivos como normativos.⁶ Sin embargo, la línea que separa los estereotipos descriptivos de los normativos es muy delgada, ya que muchas descripciones de lo que conforma el ser mujer —por ejemplo, la idea de que “las mujeres son cuidadoras”— también funcionan como prescripciones de cómo deben comportarse.⁷ Los estereotipos descriptivos pueden ser estadísticamente precisos, pero también pueden ser inexactos.⁸ No obstante, independientemente de la corrección estadística, un estereotipo sobre un determinado grupo social no se ajusta necesariamente a los individuos de ese grupo. Además, la relevancia de la corrección estadística es limitada. Si los estereotipos contribuyen a mantener una jerarquía, como ya hemos comentado, entonces el mantenimiento de dicha jerarquía, aunque se base en una cierta precisión estadística, puede conducir a la desigualdad.

La definición de Cook y Cusack deja abierta la posibilidad de interpretar el contenido de los estereotipos; estos pueden ser manifiestamente negativos o positivos, o algo intermedio. Un ejemplo de estereotipo manifiestamente negativo es la idea de que las mujeres son irracionales y propensas a la exageración,⁹ o la idea de que los hombres inmigrantes son vagos y peligrosos.¹⁰ Sin embargo, algunos de los estereotipos de género más nocivos son los que se presentan como positivos y, por tanto, se caracterizan por ser benignos.¹¹ Estos estereotipos colocan a las mujeres en un pedestal, a menudo haciendo referencia a la maternidad o a las capacidades de crianza de la mujer. La capacidad de cuidado de las mujeres sirve, frecuente-

⁵ Cook y Cusack, *op. cit.*, p.9.

⁶ Cf. Fiske, *et al.*, “Social Science Research on Trial: Use of Sex Stereotyping Research in Price Waterhouse v. Hopkins”, en *American Psychologist*, pp. 1049-1060.

⁷ Cf. Appiah, “Stereotypes and the Shaping of Identity”, en *California L Rev.* p. 49.

⁸ V. Schauer, “Profiles, Probabilities and Stereotypes”; Cf. Timmer, “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, en *American Journal of Comparative Law*, pp. 239-284.

⁹ V. CEDAW, *S.F.M. vs. España*, párr. 7.5, donde el daño psicológico que la autora sufrió como consecuencia de la violencia obstétrica fue calificado por un tribunal nacional como “mera percepción”.

¹⁰ Cf. Enesco, *et al.*, “Stereotypes and beliefs about different ethnic groups in Spain. A study with Spanish and Latin American children living in Madrid.”, en *J. Appl. Dev. Psychol.* pp. 638-659.

¹¹ Cf. Baretto y Elmers, “The Burden of Benevolent Sexism: How it Contributes to the Maintenance of Gender Inequalities”, en *European J of Social Psychology*, pp. 633-42.

mente, para justificar un sistema patriarcal en el que los hombres desempeñan los roles principales y las mujeres los de apoyo. El Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer —en adelante CEDAW— ha dejado en claro que ambos tipos de estereotipos de género, tanto los negativos como los aparentemente benignos o positivos, pueden ser perjudiciales porque ambos crean o sostienen una jerarquía que da lugar a la desigualdad de género.¹²

Es probable que los estereotipos sigan siendo un tema complicado para las abogadas y los abogados.¹³ ¿Cuál es la conexión entre los estereotipos, la discriminación y la desigualdad? ¿Hasta dónde llega la obligación de eliminar los estereotipos de género? Está claro que hay que eliminar los estereotipos que conducen a la discriminación o que, de alguna manera, vulneran los derechos humanos de las mujeres, pero distinguir la estereotipación de género perjudicial, de la de los usos permitidos de los estereotipos de género que sirven para la discriminación positiva, suele ser una tarea compleja.

2. Los estereotipos sustentan todas las formas de discriminación

El CEDAW concibe los estereotipos de género injustos como la “causa fundamental y consecuencia de la discriminación”,¹⁴ así como una forma de discriminación en sí misma. Esto refleja la complejidad de la relación entre los estereotipos y la discriminación,¹⁵ que algunas comentaristas han caracterizado como un círculo vicioso que se refuerza a sí mismo.¹⁶ Entonces, ¿cómo se abordan los estereotipos con relación a las diferentes formas de discriminación?

Por un lado, la *discriminación directa*, es decir, la “diferencia de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares, a partir de carac-

¹² Cf. Añón, *op. cit.*, párr. 29.

¹³ Cf. Clericó, “Derecho constitucional ...cit”; V. Moreau, “Equality Rights and Stereotypes”, en *Philosophical Foundations of Constitutional Law*.

¹⁴ CEDAW, *R.K.B. vs. Turquía*, 2012, párr. 8.8; CEDAW, *S.T. vs. la Federación de Rusa*, párr. 9.4

¹⁵ V. Nelson, *Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*.

¹⁶ Cf. Shultz, “Taking Sex Discrimination Seriously”, en *Denver University Law Review*, pp. 995-1106; Timmer, *op. cit.*, pp. 281-282.

terísticas protegidas identificables o su `estatus`,¹⁷ suele estar motivada por los estereotipos de género y los roles parentales fijos con base en el género. Al mismo tiempo, dicha situación probablemente perpetúa estos estereotipos y roles. Como se analizará con más detalle en la sección IV.1 de este capítulo, el TEDH ha dejado en claro que los estereotipos de género no pueden servir como justificación o racionalización para la discriminación directa contra las mujeres.¹⁸ La *discriminación indirecta*, en cambio, se produce cuando una norma, política o medida —aparentemente neutra— o una situación *de facto*,¹⁹ tiene un efecto discriminatorio particular sobre un grupo concreto.²⁰ Esto puede ocurrir incluso si la política o la medida no está dirigida a un grupo particular,²¹ o no tiene intención discriminatoria.²² La discriminación indirecta puede reflejar y perpetuar los estereotipos de género, como por ejemplo cuando los trabajadores contratados a tiempo parcial —que en la práctica son predominantemente mujeres— cobran menos por hora que los trabajadores a tiempo completo — que en la práctica son predominantemente hombres—. Pero los estereotipos también pueden estar relacionados con la discriminación indirecta de otra manera. Los estereotipos persistentes pueden ser la razón por la que ciertos actores —por ejemplo, las organizaciones que tienen que desarrollar exámenes para los solicitantes que desean insertarse en una determinada profesión—²³ no logran desarrollar prácticas que no perjudiquen desproporcionadamente a las mujeres.²⁴ En otras palabras, los estereotipos de género, tanto los conscientes como inconscientes, pueden entenderse como importantes razones subyacentes de por qué los actores no adoptan medidas contra la discriminación indirecta.

¹⁷ TEDH, *Biao vs. Dinamarca*, párr. 89; *Carson y otros vs. Reino Unido*, 2010, párr. 61; *D.H. y otros vs. República Checa*, párr. 175; *Burden vs. Reino Unido*, párr. 60.

¹⁸ V. TEDH, *Konstantin Markin vs. Rusia*.

¹⁹ Cf. TEDH, *Zarb Adami vs. Malta*, párr. 76

²⁰ Cf. TEDH, *Biao vs. Dinamarca*, párr. 103; *D.H. y otros vs. República Checa*, párr. 184; *Sampania y otras vs. Grecia*, párr. 67.

²¹ Cf. TEDH, *Hugh Jordan y otros vs. Contra Reino Unido*, párr. 154; *Hoogendijk vs. los Países Bajos*.

²² Cf. TEDH, *Biao vs. Dinamarca*, párr. 103; *D.H. y otros vs. República Checa*, párr. 184

²³ V, por ejemplo, CJEU, *Ypourgos Esoterikon et al. vs. Maria-Eleni Kalliri*, en relación con el requisito de estatura mínima para ingresar en la fuerza policial.

²⁴ Cf. Moreau, *Faces of Inequality: A Theory of Wrongful Discrimination*, p. 204.

El TEDH aún no ha profundizado en la relación entre los estereotipos de género y la discriminación indirecta. Uno de los principales ámbitos en los que se ha identificado recientemente la discriminación indirecta, como resultado de prejuicios o estereotipos, es la violencia de género, especialmente la vinculada a la violencia doméstica. En la sección IV.2.B analizamos con detenimiento esta conexión y su evolución. Además, con el auge de la inteligencia artificial —IA— y el creciente uso de algoritmos, ciertos estudios han indicado que los estereotipos de género causan cada vez más discriminación de género indirecta a través de las tecnologías digitales.²⁵ La discriminación indirecta basada en el género puede producirse, por ejemplo, en la publicidad en línea o mediante el uso de asistentes personales virtuales. Es probable que, a medida que se desarrollan estas tecnologías se preste más atención a las formas en que los estereotipos causan y mantienen la discriminación indirecta.

Además, la discriminación y la desigualdad se entienden, cada vez más, como el resultado de disposiciones estructurales. Añón nos recuerda los múltiples “nombres” dados a la subordinación estructural: “subalternidad, opresión, desigualdad estructural, subdiscriminación y discriminación sistémica”.²⁶ Referirse a la subordinación en términos sistémicos significa que hay factores —ideologías, intereses, estereotipos, símbolos, representaciones, mitos— con capacidad suficiente para estructurar las relaciones sociales.²⁷ En otras palabras, estas estructuras crean sistemas que ordenan las relaciones sociales de tal manera que ciertos grupos son colocados en un estatus subordinado o inferior a otros grupos, y también aseguran la reproducción y preservación de dicha jerarquía.²⁸ Como señala claramente Ghidoni, “la importancia de hablar en términos de sistemas es primordial

²⁵ Cf. Adams y Ní Loideáin, “Addressing indirect discrimination and gender stereotypes in AI virtual personal assistants: the role of international human rights law”, en *Cambridge International Law Journal*, pp. 241-57; Xenidis y Senden; “EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination”, en *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*.

²⁶ Cf. Añón, *op. cit.*, p. 2, donde refiere a quienes acuñan estos términos siendo, en ese orden, MacKinnon, Young, Clérico, Barrère y Añón.

²⁷ *Id.*

²⁸ V. Barrère, “Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegémica del Derecho antidiscriminatorio”, en *Anuario de Filosofía Del Derecho*, XXXIV.

para politizar cuestiones que de otro modo podrían percibirse como accidentales y aisladas”.²⁹

Al igual que Ghidoni, suscribimos al concepto de “sub-discriminación” de Barrère, que proporciona una articulación útil entre los diferentes elementos (destacados en este capítulo) que sustentan la desigualdad. La noción hace hincapié en que todos los sistemas o estructuras de poder se apoyan en determinadas categorías —tales como sexo-género, raza, clase, etcétera— y se reproducen mediante elementos interconectados —como ideologías, mitos, estereotipos o representaciones— Estos elementos están incorporados en el funcionamiento de la sociedad e “institucionalizados”, ya que influyen instituciones sociales como la familia, la escuela, la Iglesia, la política, el mercado laboral y los medios de comunicación.³⁰ Por ejemplo, la creencia de que los niños menores de tres años deben permanecer siempre con la madre después de la separación de los padres se basa en estereotipos relativos a la crianza y el cuidado que se fundan en el género. Estas creencias siguen presentes en el derecho de familia de muchos Estados y contribuyen a reforzar el patriarcado.

En este sentido, la interseccionalidad entendida como un lente que ayuda a revelar “la interacción entre el género, la raza y otras categorías sociales distintivas de las vidas individuales, las prácticas sociales, los acuerdos institucionales, las ideologías culturales y los resultados de estas interacciones en términos de poder”,³¹ se convierte en un enfoque relevante para entender, captar y responder a la desigualdad estructural. En la última década se ha prestado gran atención a la interseccionalidad en el estudio de los derechos humanos,³² lo que está reconfigurando lentamente el enfoque jurídico de la igualdad en múltiples foros.³³

²⁹ Ghidoni, *Developing Structural Intersectionality in Legal Analysis: The Case of Stereotypes as Forms of Discrimination*, p. 219.

³⁰ Cf. Barrère, *El derecho antidiscriminatorio y sus límites: especial referencia a la perspectiva iusfeminista*, p. 20.

³¹ Davis, “Intersectionality as buzzword: A sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful”, en *Feminist Theory*, p. 68.

³² V. Fredman, “Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law. European Network of Legal Experts in gender equality and non-discrimination; Sosa”, en *Intersectionality in the Human Rights Legal Framework on Violence against Women: At the Centre or the Margins?*; Atrey, *Intersectional Discrimination*.

³³ Sobre este tema, V. el capítulo de Morondo Taramundi en este mismo volumen.

Ambas nociones, la de discriminación estructural y la de interseccionalidad, han sido incorporadas al trabajo del CEDAW. El comité ha señalado que “En el artículo 5 a) se aborda la dimensión estructural de la discriminación, que se considera anclada en los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.³⁴ De este modo, el CEDAW también aplica —de forma bastante coherente— el artículo 5(a) de la convención CEDAW a la violencia de género, destacando que los estereotipos causan violencia y también tienden a formar la respuesta de las autoridades a la violencia.³⁵ Ilustramos esta dinámica con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sección IV.2.B. El comité también propone, explícitamente, la adopción de un enfoque interseccional de la discriminación en sus Recomendaciones Generales.³⁶ Y, a su vez, adopta asiduamente dicho enfoque en su proceso de monitoreo, centrándose en grupos específicos de mujeres y en categorías interseccionales.³⁷

Un enfoque similar se encuentra en el Sistema Interamericano, que ha reconocido que la discriminación estructural se refleja en las mentalidades colectivas y los estereotipos.³⁸ La Comisión Interamericana define la discriminación estructural como:

³⁴ CEDAW, Recomendación General Núm. 36, párr. 26

³⁵ *Ibid.*, Recomendación General Núm. 53.

³⁶ En particular, CEDAW/C/GC/28 16/12/2010, art. 2; CEDAW, Recomendación General Núm.28, ; Recomendación General Núm. 26 sobre las trabajadoras migrantes, CEDAW/C/2009/WP.1/R; Recomendación General Núm. 27 sobre las mujeres mayores y la protección de sus derechos humanos; Recomendación General Núm. 30 sobre las mujeres en la prevención de conflictos, situaciones de conflicto y post-conflicto, , CEDAW/C/GC/30; Recomendación General Núm. 34 de la CEDAW sobre los derechos de las mujeres rurales, CEDAW/C/GC/34.

³⁷ CEDAW, Observaciones finales en Austria, 2019; Nepal, 2016; Samoa, 2018; Antigua República Yugoslava de Macedonia, 2018; Kenia, 2017; Japón, 2016; Ecuador, 2015; India, 2014; Camerún, 2014 V. por ejemplo: CEDAW/C/AUT/CO/9 CEDAW/C/COL/CO/9; CEDAW/C/NPL/CO/6; CEDAW/C/WSM/CO/6; CEDAW/C/MKD/CO/6; CEDAW/C/KEN/CO/8; CEDAW/C/JPN/CO/7-8; CEDAW/C/JPN/CO/7-8; CEDAW/C/JPN/CO/7-8; CEDAW/C/ECU/CO/8-9; CEDAW/C/IND/CO/4-5; CEDAW/C/IND/CO/4-5; CEDAW/C/CMR/CO/4-5.

³⁸ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.LV/II. Doc. 45/15 párr. 367.

El conjunto de normas, reglas, rutinas, patrones, actitudes y pautas de comportamiento, tanto de jure como de facto, que dan paso a una situación de inferioridad y exclusión contra un grupo de personas de forma generalizada, las cuales son perpetuadas a lo largo del tiempo e incluso por generaciones, es decir, no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos, sino que es una discriminación que surge como consecuencia de un contexto histórico, socioeconómico y cultural.³⁹

Los estereotipos guían dichas, reglas, rutinas, patrones, actitudes y normas de comportamiento. Esta conexión de los estereotipos con la discriminación estructural también ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante Corte IDH—, combinando la reparación individual con medidas transformadoras que intentan cambiar el patrón institucional y cultural de violencia y discriminación.⁴⁰ Además, las referencias a la interseccionalidad y la pertinencia de adoptar un enfoque interseccional son realizadas regularmente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en varios de sus informes temáticos.⁴¹ Asimismo, la Corte Interamericana ha brindado un análisis interseccional en su jurisprudencia, en gran parte basado en el artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.⁴²

Sin embargo, el TEDH apenas utiliza el término “discriminación estructural” o se refiere a la *interseccionalidad*. Dicho esto, la jurisprudencia reciente hace referencia a algunos de los elementos destacados anteriormente; como el carácter “sistémico” de ciertos comportamientos, sus conexiones con la discriminación y el

³⁹ *Ibid.*, párr. 368.

⁴⁰ V. Corte IDH, *González y otras (Campo algodónero) vs. México, 2009*; *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*; *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Cf. también, Clérico y Aldao, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Revista Lecciones y Ensayos*, pp. 141-179; Clérico y Novelli, “La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir “campo algodónero”, en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 67, tomo 1, pp. 137-143.

⁴¹ V. por ejemplo: CIDH, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc. 36, 12/11/2015; *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 233, 14/11/2019; *Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 239, 7/08/2020.

⁴² V. Sosa, *Intersectionality...cit*; Sosa, “Inter-American Case Law on Femicide: Obscuring Intersections?”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights* 85.

papel de los estereotipos al respecto. A continuación, analizamos este reciente desarrollo de la jurisprudencia del TEDH, con sus aciertos y limitaciones.

III. El enfoque antiestereotipos del TEDH: una aproximación general

1. Evolución histórica del enfoque antiestereotipos del TEDH

El concepto de antiestereotipos es relativamente nuevo en la jurisprudencia del TEDH. El Tribunal de Estrasburgo comenzó a referirse *explícitamente*, alrededor de 2012, a los estereotipos. De manera notoria, en casos relativos a la igualdad de género, la discapacidad y —en menor medida— la raza.⁴³

En la jurisprudencia anterior había muchos casos en los que los Gobiernos intentaban justificar la discriminación utilizando estereotipos, pero en aquella época el Tribunal no los nombraba como tales, ni cuestionaba estos estereotipos. Los estereotipos fueron evidentes en varias de las primeras sentencias históricas del Tribunal de Estrasburgo sobre discriminación. Por ejemplo, en el caso *Marckx vs. Bélgica* de 1979, relativo al vínculo legal entre una madre y su hijo extramatrimonial y los derechos de herencia de dicho hijo, las autoridades belgas se basaron en el argumento de que las madres solteras no suelen estar dispuestas a cuidar de sus hijos.⁴⁴ Otro ejemplo es el de *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido* de 1985, que refiere a una ley de inmigración que aplicaba estándares más estrictos a los maridos que querían reunirse con sus esposas, —residentes legales— que a las esposas que querían reunirse con sus maridos. El Gobierno del Reino Unido intentó justificar esta norma argumentando que “los hombres eran más propensos a buscar trabajo que las mujeres” y, por tanto, esto tendría un mayor impacto en el mercado laboral nacional.⁴⁵ En el caso *Karlheinz Schmidt vs. Alemania* de 1994, sobre el servicio de bomberos obligatorio solo para hombres, donde el Gobierno alemán argumentó que “el legislador había tenido en cuenta los requisitos espe-

⁴³ V. TEDH, *Aksu vs. Turquía*; *Konstantin Markin vs. Rusia*; *Kiyutin vs. Rusia*.

⁴⁴ Cf. TEDH, *Marckx vs. Bélgica*, párr. 39.

⁴⁵ TEDH, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, párr. 75.

cíficos de servicio en el cuerpo de bomberos y las características físicas y mentales de las mujeres. El único objetivo que había perseguido a este respecto era la protección de las mujeres”.⁴⁶ En el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* de 1999, el Tribunal de Apelaciones de Lisboa denegó la custodia de los hijos a un padre que convivía con otro hombre, porque “había abandonado definitivamente el domicilio conyugal para irse a vivir con un novio, decisión que no es normal según los criterios comunes”, y la niña debía vivir en “una familia tradicional portuguesa, que no es ciertamente la configuración familiar que su padre ha decidido adoptar”.⁴⁷ De este modo, el Tribunal de Apelaciones estableció estereotipos falsos y prescriptivos acerca de que los homosexuales no pueden ser buenos padres y, simultáneamente, de que los padres adecuados no deben vivir con sus parejas masculinas. Aunque el Tribunal consideró que se había violado la prohibición de no discriminación —el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; CEDH por sus siglas—⁴⁸ en las cuatro sentencias no nombró los estereotipos en los que se basaron los Gobiernos y no reconoció que estos formaran parte de la dinámica que causó la legislación discriminatoria o la conducta judicial.

En el caso *Marckx*, el TEDH rechazó la idea de que las mujeres solteras tengan menos probabilidades de querer cuidar de sus hijos. Sostuvo que “tal actitud no es una característica general de la relación entre las madres solteras y sus hijos”.⁴⁹ El Tribunal consideró que la generalización era falsa, pero eso fue todo. El uso de estereotipos no solía considerarse un problema para dirimir conflictos.⁵⁰ De hecho, algunos jueces se mostraron de acuerdo con las generalizaciones y prescripciones

⁴⁶ TEDH, *Karlheinz Schmidt vs. Alemania*, 1994, párr. 27.

⁴⁷ TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, párr. 14.

⁴⁸ El artículo 14 de la CEDH establece que: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

⁴⁹ TEDH, *Marckx vs. Bélgica*, párr. 39.

⁵⁰ V. por ejemplo, los votos disidentes de Bernhardt J. y Spielmann J. en TEDH, *Petrovic vs. Austria* 1998-II; 33 Eur. H.R. Rep. 14. Este fue un caso sobre licencia por nacimiento: el gobierno austríaco estableció que dicha licencia fuera solo para las madres. Los votos disidentes sostuvieron: “La discriminación de los padres perpetúa esta distribución tradicional de roles y también puede tener consecuencias negativas para la madre[...] las prácticas y los roles tradicionales en la vida familiar no justifican, por sí solos, una diferencia de trato entre hombres y mujeres”.

realizadas por el gobierno.⁵¹ Ciertamente, el concepto de estereotipo no desempeñó ningún papel en el análisis de la discriminación por parte del Tribunal. Sin embargo, lentamente esto ha cambiado. Por ejemplo, véase el caso *Ünal Tekeli vs. Turquía* de 2004 donde fue notable la sentencia Tribunal se encaminaba hacia un reconocimiento más acabado de los estereotipos.⁵² En ese caso, la demandante se quejaba de que, como mujer casada, no se le permitía utilizar su apellido de soltera en los documentos oficiales.⁵³ En este caso, el Gobierno turco argumentó que las mujeres, que “son de naturaleza más delicada que los hombres”, necesitan que se proteja su posición en la familia y, por lo tanto, es necesario que adopten el apellido de su marido.⁵⁴ El TEDH razonó:

La primera cuestión que se plantea al Tribunal de Justicia es si la tradición de reflejar la unidad familiar a través del apellido del marido puede considerarse un factor decisivo en el presente caso. Es cierto que esta tradición se deriva del rol primordial del hombre y del rol secundario de la mujer en la familia. En la actualidad, el avance de la igualdad de los sexos en los Estados miembros del Consejo de Europa, incluida Turquía, y, en particular, la importancia concedida al principio de no discriminación, impiden a los Estados imponer esa tradición a las mujeres casadas.⁵⁵

Desde entonces, el Tribunal de Estrasburgo ha ido gradualmente ganando conciencia de que los estereotipos pueden afectar los derechos humanos, y cada vez más —aunque no de forma consistente, como mostrará este capítulo— también “ nombra ” los estereotipos en su razonamiento jurídico.

⁵¹ V. por ejemplo, *Karlheinz Schmidt vs. Alemania*, petición núm. 13580/88, 18/07/1994. (Morenilla J., voto concurrente: “Creo que la diferencia física entre los dos sexos es una consideración ‘de peso’ que justifica una diferencia de trato por el hecho de que ciertas tareas que requieren esfuerzos físicos extremos son, comúnmente, más fáciles de realizar por los hombres que por las mujeres, mientras que el riesgo para la salud es mayor para las mujeres”).

⁵² V. TEDH, *Ünal Tekeli vs. Turquía*.

⁵³ Para casos similares V. TEDH, *Leventoğlu Abdülkadiroğlu vs. Turquía*; *Tuncer Güneş vs. Turquía*; *Tanbay Tüten vs. Turquía*.

⁵⁴ Corte EDH, caso *Ünal Tekeli vs. Turquía*, petición núm. 29865/96, párrs. 16, 46; 6/11/2004.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 63.

2. Ámbitos clave respecto de los estereotipos de género: discriminación sexual y violencia basada en el género

a. Aspectos destacados de la jurisprudencia en materia de discriminación sexual

La primera sentencia que incluyó un extenso razonamiento contra los estereotipos fue la sentencia de la Gran Sala del TEDH en la causa *Konstantin Markin vs. Rusia* de 2012. El caso versaba sobre un militar que reclamaba no poder disfrutar de una licencia por nacimiento extendida, mientras que dicha licencia estaba disponible para las mujeres militares. La Gran Sala manifestó, inequívocamente, que no aceptaría justificaciones basadas en estereotipos para una conducta discriminatoria. Sostuvo que:

Los estereotipos de género, tales como la percepción de las mujeres como principales cuidadoras de los niños y de los hombres como principales proveedores, no pueden considerarse, por sí mismos, como una justificación suficiente para una diferencia de trato, al igual que los estereotipos similares basados en la raza, el origen nacional, el color de piel o la orientación sexual.⁵⁶

Desde una perspectiva antiestereotipos, fue una gran victoria que la Gran Sala expusiera esto con tanta claridad. Además, dado que el Tribunal también menciona la raza, el color de piel, el origen nacional y la orientación sexual, esta resolución puede aplicarse en una amplia gama de casos.

En el caso *Konstantin Markin*, el Tribunal de Estrasburgo mencionó lo que posiblemente sea el estereotipo de género más frecuente: “la percepción de las mujeres como principales cuidadoras de los niños y de los hombres como principales proveedores”.⁵⁷ El Tribunal sostuvo que los Estados “no pueden imponer roles tradicionales de género y estereotipos de género”.⁵⁸ Además, como se menciona

⁵⁶ TEDH, *Asunto Konstantin Markin vs. Rusia*, párr. 143.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 142; V. también TEDH, *Ünal Tekeli vs. Turquía*, párr. 63; *Staatkundig Gereformeerde Partij vs. Países Bajos*, párr. 73.

anteriormente, el Tribunal menciona la raza, el color de piel, el origen nacional y la orientación sexual, y por esta razón esta resolución será invocada seguramente por los apelantes en una gran variedad de casos. *Konstantin Markin*, quien interpuso la demanda, era varón, pero el Tribunal destacó que los estereotipos de género perjudican tanto a los hombres como a las mujeres, ya que son “desventajosos tanto para las carreras de las mujeres como para la vida familiar de los hombres”.⁵⁹ Por lo tanto, aunque este caso fue iniciado por un hombre, también fue una victoria para las mujeres, ya que cuestionó la legitimidad de los estereotipos de género como tales. Desde entonces, muchas sentencias del TEDH en materia de discriminación sexual se han referido a *Konstantin Markin* y han seguido su planteamiento.⁶⁰

La siguiente sentencia que realmente dio un paso adelante en la lucha contra los estereotipos de género fue el caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal* de 2017. La demandante se quejaba de la reducción de la indemnización que había recibido por un error en una práctica médica. Tras una operación fallida, la demandante tenía mucho dolor, incontinencia y problemas para caminar y sentarse. Además, ya no podía disfrutar del sexo y estaba deprimida. El Tribunal Supremo Administrativo portugués había reducido la indemnización que le había concedido inicialmente el tribunal inferior, basándose en que ya tenía dos hijos en ese momento y en que tenía 50 años, “una edad en la que el sexo no es tan importante como en los años más jóvenes, ya que su importancia disminuye con la edad”.⁶¹ Otra consideración fue que la demandante “probablemente solo necesitaba cuidar de su marido” y que, por lo tanto, necesitaba menos ayuda doméstica que la presupuestada por el tribunal.⁶²

El razonamiento de la mayoría del TEDH en el caso *Carvalho Pinto* se destaca, de manera positiva, por varias razones. Para empezar, la mayoría concibe que se

⁵⁹ TEDH, *Konstantin...cit*, párr. 141.

⁶⁰ V. por ejemplo, TEDH, *Hulea vs. Rumania*, párrs. 40-41; *Vrountou vs. Cyprus*, párrs. 75-76; *Staatkundig Gereformeerde Partij vs. Países Bajos*, párr. 73; *Gruba y otros vs. Rusia*.

⁶¹ TEDH, *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*, párr. 16.

⁶² *Id.*

trata de un caso de desigualdad de trato por dos motivos: el género y la edad.⁶³ Es de nuestro entendimiento que, esta es la primera vez que el Tribunal ha argumentado explícitamente con una combinación de motivos, uno de los cuales es el género. Otros solicitantes han presentado anteriormente quejas basadas en dos motivos, desde *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*,⁶⁴ pero hasta el momento el Tribunal siempre había optado por evaluar los motivos por separado o por evaluar solo un motivo. En una sentencia anterior, *B.S. vs. España* de 2012,⁶⁵ el Tribunal ya había dado un paso adelante para reconocer la discriminación resultante de la combinación de motivos. Esta sentencia versó sobre la brutalidad policial contra una trabajadora sexual negra de origen africano. Los terceros interesados del caso habían solicitado al Tribunal que adoptara un enfoque interseccional en su análisis. El Tribunal utilizó el término “especial vulnerabilidad” —que en realidad se debía a tres factores, a saber, el género, la raza/origen nacional y su profesión— para constatar una violación al artículo 14. En ese caso, el Tribunal dictaminó lo siguiente:

las decisiones adoptadas por los tribunales nacionales no tuvieron en cuenta la especial vulnerabilidad de la demandante, inherente a su condición de mujer africana que ejerce la prostitución. Las autoridades incumplieron así el deber que les impone el artículo 14 del Convenio, interpretado junto con el artículo 3, de adoptar todas las medidas posibles para determinar si una actitud discriminatoria podría haber desempeñado cierto rol en los hechos.⁶⁶

Así que, en cierto sentido, el caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal* se basa en el caso *B.S. vs. España*, pero la forma en que el enfoque de motivos combinados toma forma esta vez es diferente. Ello porque se hace a través de un análisis antiestereotipos y no a través del concepto de vulnerabilidad. La mayoría en *Carvalho Pinto* consideró que:

⁶³ Cf. *Ibid.*, párrs 51,53.

⁶⁴ V. TEDH, *Abdulaziz, Cabales, and Balkandali vs. Reino Unido*, petición núm. 9214/80, 9473/81, 9474/81, párrs.70, 75; 28/05/1985.

⁶⁵ V. TEDH, *BS vs. España*, Petición núm. 47159/08, 24/07/2012.

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 62.

La cuestión que se plantea aquí no son las consideraciones sobre la edad o el sexo como tales, sino la suposición de que la sexualidad no es tan importante para una mujer de cincuenta años, y madre de dos hijos, como para alguien de menor edad. Esa suposición refleja una idea tradicional de la sexualidad femenina como algo esencialmente vinculado a los fines de la maternidad y, por lo tanto, ignora su importancia física y psicológica para la autorrealización de las mujeres como personas. Además de ser, en cierto modo, prejuiciosa, omitió considerar otras dimensiones de la sexualidad femenina en el caso concreto de la peticionante. En otras palabras, en el presente caso, el Tribunal Supremo Administrativo hizo una presuposición general sin intentar examinar su validez en el caso concreto de la propia peticionante, que tenía cincuenta años en el momento de la operación en cuestión.⁶⁷

Con este razonamiento, el Tribunal avanza al menos tres pasos respecto a lo dicho en *Konstantin Markin*. En primer lugar, se trata de la primera sentencia en la que el Tribunal considera que actuar sobre la base de un estereotipo es el agravio central cometido contra una de las partes y reconoce que esto, en sí mismo, puede constituir una violación del artículo 14 del CEDH.⁶⁸ En segundo lugar, aunque hay una referencia a sentencias portuguesas sobre la indemnización para los hombres que no utilizaron tal estereotipo, el Tribunal no está buscando realizar una comparación, sino que⁶⁹ las referencias proporcionan el contexto, en lugar de un elemento comparador. La figura del comparador se explicará con más detalle en el capítulo de Morondo Taramundi en este mismo volumen, pero en pocas palabras, un “comparador” es alguien que está en una situación similar a la del demandante, pero que no comparte el rasgo en cuestión —dígase la identidad u orientación sexual— y que fue tratado mejor que el peticionante o demandante. En tercer lugar, como se ha comentado anteriormente, el Tribunal aprovecha al máximo el potencial del análisis antiestereotipos al considerar tanto el sexo como la edad. No obstante, cabe señalar que la sala del TEDH que dictó la sentencia estaba dividida. Los jueces Ravarani y Bošnjak realizaron un voto en disidencia en la que criticaron la falta de un comparador.

⁶⁷ TEDH, *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*, párr. 52.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 54.

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 55.

Aunque la resolución de la mayoría no aclaró explícitamente en qué concepción de la igualdad de género se basaban, la jueza Motoc —quien formaba parte de la mayoría— afirmó en su voto individual que “[l]a lucha contra los estereotipos puede considerarse una forma de lograr una igualdad transformadora”.⁷⁰ Refiriéndose al trabajo de Andrew Byrnes,⁷¹ la jueza también señaló que “la igualdad transformadora también podría ser vista como una forma de igualdad sustantiva con dimensiones sistémicas y estructurales”.⁷² Posteriormente, en el caso *Ēcis vs. Letoniade* 2019 se dio la primera sentencia de discriminación sexual del TEDH en la que la mayoría utiliza explícitamente el término “igualdad sustantiva”, reconociendo así de forma enfática que la igualdad sustantiva es un objetivo perseguido por el Convenio.⁷³ Muy recientemente, en el caso *Jurčić vs. Croacia* del 2021, el Tribunal afirmó que los estereotipos de género son un grave obstáculo para la igualdad sustantiva de género.⁷⁴ El caso se refería a la negativa a reconocer un beneficio laboral a una mujer embarazada en función de su embarazo. Las autoridades croatas consideraron que su contratación había sido ficticia, ya que se encontraba en tratamiento de fecundación *in vitro* cuando aceptó un puesto en una empresa croata. Las autoridades nacionales argumentaron que su única motivación para aceptar el puesto era obtener las ventajas económicas relacionadas con el estatus de las personas trabajadoras durante su embarazo. El Tribunal sostuvo que:

el Tribunal no puede dejar de expresar su preocupación por el matiz de la conclusión de las autoridades nacionales, que implica que las mujeres no deben trabajar o buscar empleo durante el embarazo[...] En opinión del Tribunal, este tipo de estereotipos de género supone un grave obstáculo para la consecución de una verdadera igualdad sustantiva entre hombres y mujeres que, como ya se ha dicho, es uno de los principales objetivos en los Estados miembros del Consejo de Europa... Además, este tipo de consideraciones por parte de las autoridades nacionales no solo han sido consideradas contrarias al derecho interno[...] sino que también

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 4, voto individual de la jueza Motoc.

⁷¹ V. Byrnes, “Article 1”, en *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*.

⁷² TEDH, *Carvalho...cit.*, párr. 4, voto individual de la jueza Motoc.

⁷³ Cf. TEDH, *Ēcis vs. Letonia*, párr. 86.

⁷⁴ TEDH, *Jurčić vs. Croacia*, párr. 83.

parecen haber sido contrarias a las normas internacionales pertinentes en materia de igualdad de género (véanse la CEDAW, el Convenio de Estambul, la OIT y la correspondiente Recomendación del Comité de Ministros [...]).⁷⁵

Aunque el Tribunal todavía no ha dado un significado estandarizado a la igualdad “transformadora” y “sustantiva”, su referencia explícita en relación con la denominación de los estereotipos y el reconocimiento de su impacto negativo, son indicadores positivos.

b. Cuestiones destacadas de la jurisprudencia relativa a la violencia de género contra las mujeres (GBVAW)

La teoría de los Derechos Humanos ha reconocido que la violencia de género contra la mujer —GBVAW, por sus siglas en inglés—⁷⁶ constituye una forma de discriminación.⁷⁷ La violencia contra la mujer basada en el género —GBVAW— se define como “la violencia dirigida contra una mujer por el hecho de ser mujer o que afecta a las mujeres de manera desproporcionada”.⁷⁸ Como tal, constituye una discriminación directa —dirigida contra una mujer por el hecho de serlo— o indirecta —que afecta a las mujeres de forma desproporcionada—. En este sentido, la (in)acción de los agentes estatales, o la respuesta ineficaz a la violencia o a su prevención pueden constituir una discriminación indirecta.

El CEDAW ha reconocido que la actuación de los agentes públicos es, frecuentemente, el resultado de sesgos o estereotipos de género, lo que, en relación con la violencia doméstica, pone de manifiesto la conexión entre la discriminación

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *N de la T.*: Las siglas GBVAW en inglés hacen referencia a *Gender-based Violence against Women*, es decir, violencia hacia las mujeres basada en el género o, más comúnmente en español, violencia de género.

⁷⁷ V. CEDAW, Recomendación general Núm. 19, Doc. A/47/38 adoptadas en la Undécima Sesión, 1992, A/47/38; Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, en 1993; la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, en 1995, y sus revisiones quinquenales; así como las convenciones y planes de acción regionales, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en 1994; el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África, en 2003; Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en 2011.

⁷⁸ CEDAW, Recomendación General Núm. 35.

indirecta, los estereotipos y la violencia. El vínculo entre los estereotipos de género y la violencia de género contra las mujeres es circular; es decir, los estereotipos de género provocan la violencia de género contra las mujeres, y la existencia de una violencia de género generalizada perpetúa los roles estereotipados de hombres y mujeres. El resultado es un círculo vicioso de violencia. Esta conexión entre los estereotipos y la violencia se reconoce en la labor del comité de la convención CEDAW al constatar violaciones del artículo 5 —que establece la obligación de los Estados de modificar los estereotipos de género— en casos de violencia contra la mujer.⁷⁹ La conexión entre la GBVAW y los estereotipos también se ha enfatizado en las Observaciones Finales del Comité sobre el cumplimiento por parte del Estado del artículo 5(a) en relación con las medidas adoptadas en materia de violencia contra la mujer.⁸⁰

En Europa, ni la obligación de eliminar los estereotipos ni la prohibición de la violencia de género están incorporadas explícitamente en el CEDH. Sin embargo, en consonancia con el CEDAW,⁸¹ y con el Convenio de Estambul⁸² el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido en su jurisprudencia que la violencia contra las mujeres constituye una forma de discriminación. De este modo, el Tribunal ha remitido a “disposiciones de instrumentos más especializados” que sí hacen ese reconocimiento explícito, como las Recomendaciones Generales de la convención CEDAW, Belem do Pará, el Convenio de Estambul, etcétera.⁸³ A partir de la histórica sentencia del caso *Opuz contra Turquía* de 2009, el Tribunal ha reconocido de manera frecuente, aunque no siempre, que la violencia contra las mujeres puede constituir una discriminación en virtud del artículo 14 del CEDH, que es la prohibición general de la discriminación del CEDH que abarca una amplia gama de motivos. En los casos en los que el Tribunal considera que se ha violado el artículo 14 del CEDH en casos de violencia doméstica, ha utilizado

⁷⁹ V. CEDAW, *A.T. vs. Hungría*; *Karen Tayag Vertido vs. Filipinas*; *V.K. vs. Bulgaria*; *S.L. vs. Bulgaria*; *X e Y vs. Rusia*; y, *S.F.M. vs. España*.

⁸⁰ CEDAW, Observaciones finales, Bulgaria 2020; Colombia 2019; Ex República Yugoslava de Macedonia 2018; Nueva Zelanda, 2018.

⁸¹ Cf. CEDAW, Recomendación general Núm. 35, párr. 30.

⁸² Convenio de Estambul artículo 3(a).

⁸³ Cf. TEDH, *Opuz vs. Turquía*, párr.185.

informes de organizaciones de derechos humanos internacionales y locales, informes periódicos de organismos de derechos humanos y datos estadísticos de diferentes autoridades e instituciones académicas. Ello, para establecer la existencia de un indicio *prima facie* de que la violencia doméstica afecta principalmente a las mujeres y de que la actitud general de las autoridades locales —tales como la forma en que se trata a las mujeres en las comisarías cuando denuncian la violencia doméstica y la pasividad judicial a la hora de brindar una protección efectiva a las víctimas— crea un clima propicio para la violencia doméstica.⁸⁴

De este modo, el Tribunal ha reconocido —aunque irregularmente—⁸⁵ que los estereotipos de género pueden ser el origen de la falta de respuesta del personal policial a la violencia doméstica y otras formas de violencia contra las mujeres. En estos casos, la (in)acción de las autoridades va más allá de un simple error o atraso y puede equivaler, por el contrario, a una repetición de actos que condenan dicha violencia y reflejan una actitud discriminatoria hacia las víctimas por razón de su sexo.⁸⁶

En el caso *Volodina vs. Rusia*, el Tribunal estableció que “una vez que se ha demostrado la existencia de un sesgo estructural a gran escala, la demandante no necesita demostrar que también fue víctima de un prejuicio individual”.⁸⁷ Esto sugiere que, en un contexto probado de discriminación, las violaciones del artículo 14 deberían encontrarse más fácilmente. Además, el Tribunal sostuvo que “al tolerar durante muchos años un clima que propiciaba la violencia doméstica, las autoridades rusas no crearon las condiciones para la *igualdad sustantiva de género*”.⁸⁸

⁸⁴ V. por ejemplo, TEDH, *Opuz vs. Turquía*, párr. 192-8; *Valiulienė vs. Lituania*; *Talpis vs. Italia*; *Volodina vs. Rusia*; *Kurt vs. Austria*; *Tkheldze vs. Georgia*.

⁸⁵ V. Peroni y Timmer, “Gender Stereotyping in Domestic Violence Cases: An Analysis of the European Court of Human Rights Jurisprudence” en *Stereotypes and Human Rights Law*.

⁸⁶ V. por ejemplo, TEDH, *Eremia y otros vs. República de Moldavia*, párr. 89; *Mudric vs. República de Moldavia*, párr. 63; *C.M. vs. República de Moldavia*, párr. 62; *Talpis vs. Italia*, párr. 145; *Bălșan vs. Rumanía*, párr. 85.

⁸⁷ TEDH, *Volodina vs. Rusia*, párr. 113.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 132.

La reciente resolución del caso *Tkheldidze vs. Georgia* del 2021 es otro caso en el que el Tribunal profundiza en la conexión entre violencia, discriminación y estereotipos. Los hechos se referían a la violencia doméstica extrema de un hombre hacia su pareja mujer, que acabó en un femicidio. El Tribunal analizó el caso con arreglo al artículo 2 —derecho a la vida— en conjunción con el artículo 14. El Tribunal reiteró que el Estado tiene obligaciones positivas, tanto sustantivas como procesales, en relación con la violencia doméstica. La obligación sustantiva consiste en adoptar medidas preventivas para proteger la vida de la mujer, lo que implica que las autoridades deben actuar con “especial diligencia” frente a una amenaza contra la vida de una persona.⁸⁹ La obligación procesal es “llevar a cabo una investigación significativa sobre la posibilidad de que la discriminación y los prejuicios basados en el género hayan sido también un factor motivador de la supuesta inacción policial”.⁹⁰ En este caso, el Tribunal reconoció que la violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, es un “problema sistémico”⁹¹ y que la inacción de la policía aquí ilustra el “fracaso sistémico” de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley que protege a las mujeres.⁹² De este modo, el Tribunal hace referencia a los informes que afirman que “las causas de la violencia contra las mujeres estaban relacionadas, entre otras cosas, con los estereotipos de género discriminatorios y las actitudes patriarcales, junto con una falta de diligencia especial por parte de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley”.⁹³

Tanto la violencia de género hacia las mujeres, como los estereotipos de género, tienen graves consecuencias para la capacidad de estas de acceder a la justicia. El comité de la convención CEDAW lo ha destacado en la Recomendación General Núm. 33.⁹⁴ El comité ha advertido que los estereotipos:

Pueden impedir el acceso a la justicia en todas las esferas de la ley y pueden afectar particularmente a las mujeres víctimas y supervivientes de la violencia. Los estereotipo-

⁸⁹ Cf. *Tkheldidze vs. Georgia*, 2021, párrafo 52

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 60.

⁹¹ *Ibid.*, párr. 56.

⁹² *Ibid.*, párr. 57.

⁹³ *Ibid.*, párr. 56.

⁹⁴ CEDAW, Recomendación General Núm. 33, párrs. 26, 28.

tipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa. [...] En todas las esferas de la ley, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes.⁹⁵

Muchos daños ocasionados por los estereotipos que el comité menciona en esta cita fueron objeto de la sentencia del TEDH de *J.L. vs. Italia* de 2021. La demandante en este caso se cuestionó el juicio penal que había absuelto a siete hombres acusados de violarla en grupo. Un Tribunal de apelación italiano se había referido al color rojo de la ropa interior “mostrada” por la víctima, había mencionado su bisexualidad, su “actitud ambivalente hacia el sexo” y su “vida no lineal”.⁹⁶ El TEDH sostuvo que estas declaraciones violaban el artículo 8 —derecho a la vida privada—.

Refiriéndose a las conclusiones del comité de la convención CEDAW y del comité que supervisa el Convenio de Estambul —GREVIO—, el Tribunal señaló que el lenguaje y los argumentos utilizados por el Tribunal de Apelación transmitían los prejuicios existentes en la sociedad italiana sobre el rol de la mujer y podían ser un obstáculo para proporcionar una protección efectiva de los derechos de las víctimas de violencia de género, a pesar de que el marco legislativo era satisfactorio.⁹⁷ El Tribunal afirmó que

El proceso penal y las sanciones juegan un papel crucial en la respuesta institucional a la violencia de género y en la lucha contra la desigualdad de género. Por ello, es fundamental que las autoridades judiciales eviten reproducir estereotipos sexistas

⁹⁵ *Ibid.*, párr. 26.

⁹⁶ TEDH, *J.L. vs. Italia*, párr. 136.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 140.

en las resoluciones judiciales, para minimizar la violencia de género y no exponer a las mujeres a una victimización secundaria mediante comentarios culpabilizadores y prejuiciosos capaces de desalentar la confianza de las víctimas en el sistema judicial.⁹⁸

Lamentablemente, debido a haber constatado la vulneración del derecho a la vida privada de la demandante, el Tribunal no consideró necesario examinar también la situación junto a la prohibición de discriminación.⁹⁹

c. Enfoque antiestereotipos más allá del género

i. Discapacidad

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupa cada vez más de los estereotipos por motivos distintos al género. Un ámbito en el que surgen regularmente estereotipos y prejuicios es la combinación de discapacidad y capacidad jurídica, que dicta quién puede votar, celebrar contratos, heredar, casarse o mantener relaciones íntimas, decidir sobre su propio tratamiento médico o asumir el cuidado de otras personas.¹⁰⁰ En *Alajos Kiss vs. Hungría de 2010*, un caso relativo a la privación automática del derecho de voto de las personas a las que se les ha designado un curador,¹⁰¹ el gobierno húngaro alegó que los adultos que han sido sometidos a un régimen de curatela carecen de capacidad para ejercer su derecho de voto y que, por tanto, deben ser privados de este derecho.¹⁰² El Tribunal consideró que se había violado el derecho a elecciones libres,¹⁰³ argumentando que:

⁹⁸ *Ibid.*, párr. 141.

⁹⁹ *Cf.* CEDH, art. 14.

¹⁰⁰ Aunque en esta sección nos centramos en la discapacidad, la intersección de género y discapacidad tiene importantes implicancias para la determinación de la capacidad jurídica. Sobre las negaciones históricas y actuales de la capacidad y personalidad jurídica de las mujeres, de las mujeres con discapacidad y de las minorías de género, véase Arstein-Kerslake, *Legal Capacity & Gender*.

¹⁰¹ *V. TEDH, Alajos Kiss vs. Hungría.*

¹⁰² *Ibid.*, párr. 26.

¹⁰³ CEDH, Protocolo 1, art. 3.

si una restricción de los derechos fundamentales se aplica a un grupo especialmente vulnerable de la sociedad, que ha sufrido una considerable discriminación en el pasado, como las personas con discapacidad mental, el margen de discrecionalidad del Estado es sustancialmente más estrecho y debe tener razones de mucho peso para las restricciones [...] La razón de este enfoque, que cuestiona ciertas clasificaciones *per se*, es que dichos grupos fueron históricamente objeto de prejuicios con consecuencias duraderas, lo que dio lugar a su exclusión social. Este prejuicio puede conllevar un estereotipo legislativo que prohíbe la evaluación individualizada de sus capacidades y necesidades.¹⁰⁴

Esta línea de razonamiento se ha convertido en algo habitual en la jurisprudencia del Tribunal sobre la discriminación de las personas con discapacidad.¹⁰⁵ Lamentablemente, en un caso reciente relativo a la privación de derechos de una mujer con una discapacidad intelectual, el Tribunal parece centrarse exclusivamente en el elemento de “valoración individual” de *Alajos Kiss*, sin siquiera referirse al principio antiestereotipos. En la sentencia de *Caamaño Valle vs. España* de 2021, el Tribunal destacó la obligación de “evaluación judicial individualizada de la capacidad cognitiva” antes de que una persona con discapacidad intelectual pueda ser privada de su derecho al voto.¹⁰⁶ Si bien es cierto que la valoración judicial individual es importante para el individuo en cuestión, reducir la noción de antiestereotipos a una mera obligación de evaluación individualizada impide una comprensión más estructural de la desigualdad. Además, como el juez Lemmens también argumentó en su disidencia,¹⁰⁷ a pesar de reconocer que el Tribunal “también debe tener en cuenta las normas y principios pertinentes del derecho internacional aplicables,”¹⁰⁸ esta postura va en contra de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —CDPD—. Específicamente,

¹⁰⁴ TEDH, *Alajos...* *cit.*, párr. 42.

¹⁰⁵ V. TEDH, *Cinta vs. Rumanía*, apartado 41; *Caamaño Valle vs. España*, apartado 55.

¹⁰⁶ Cf. TEDH, *Caamaño...* *cit.*, párr. 69. Respecto de esta discusión, V: Merel Vrancken, “Disenfranchisement of woman with a disability (yet again) reveals ECtHR’s struggle with CRPD in *Caamaño Valle v. Spain*”. Disponible en <https://strasbourgobservers.com/2021/06/23/disenfranchisement-of-woman-with-a-disability-yet-again-reveals-ecthrs-struggle-with-crpdp-in-caamano-valle-v-spain/#more-5437>.

¹⁰⁷ TEDH, *Caamaño...* *cit.*, disidencia del juez Lemmens, párr. 18.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr. 52.

del artículo 29 de la CDPD, y de la visión de “igualdad inclusiva” que subyace en dicha Convención.

En relación con los derechos parentales de las personas con discapacidad, el Tribunal ha reconocido que la discapacidad de los padres no es suficiente para interferir en su vida familiar.¹⁰⁹ Medidas como la suspensión de la patria potestad, la reubicación de los hijos y la prohibición o limitación del derecho de visita solo se justifican en circunstancias excepcionales como la negligencia, el riesgo de abandono, el maltrato, la falta de vínculos afectivos u otros elementos que puedan ser contrarios al interés superior del niño, niña o adolescente. El Tribunal se ha basado en diferentes elementos para establecer estos riesgos, como los informes de expertos o la ocurrencia de determinados acontecimientos. Los estereotipos sobre la capacidad parental de las personas con discapacidad suelen estar presentes en estos casos. Por ejemplo, en el caso *Saviny vs. Ucrania*, en lugar de proporcionarles apoyo financiero y social, tres niños que no corrían ningún riesgo físico, mental o afectivo, fueron puestos bajo un régimen de tutela debido a que los padres eran ciegos y no podían proporcionarles un cuidado adecuado por falta de medios económicos. Los demandantes alegaron una violación de su vida privada,¹¹⁰ pero no presentaron una demanda por discriminación basada en su discapacidad y su condición socioeconómica.¹¹¹

En el caso de *Kocherov y Sergeyeva vs. Rusia* se presentó una demanda combinada,¹¹² que se refería a un padre con discapacidad intelectual leve que tenía restringida la patria potestad. A pesar de los informes y testimonios que confirmaban la capacidad del Sr. Kocherov para cumplir con sus obligaciones parentales y cuidar bien de su hijo, el tribunal local consideró que sería “indeseable” y “contrario al interés superior del niño” permitirle permanecer con su padre, basándose en su discapacidad mental y sus ingresos. Si bien el Tribunal encontró una violación del artículo 8 en este caso, perdió la oportunidad de abordar las asunciones estereo-

¹⁰⁹ V. TEDH, *Kocherov y Sergeyeva vs. Rusia; Saviny vs. Ucrania; Y.I. vs. Rusia*.

¹¹⁰ CEDH, art. 8.

¹¹¹ *Ibid.*, art. 14.

¹¹² *Ibid.*, arts. 8, 14.

tipadas sobre los padres con discapacidades intelectuales o psicosociales, dado que una “clara desigualdad de trato” no era un “aspecto fundamental del caso”, no resultó necesario examinar esta presentación en virtud del artículo 14.¹¹³ La jueza Keller no estuvo de acuerdo con la conclusión de la mayoría en relación con la demanda por discriminación, dado que el razonamiento de las autoridades nacionales se basaba en una visión estereotipada de las personas con discapacidad intelectual en su responsabilidad parental.¹¹⁴

El Tribunal sí encontró una violación del artículo 8 y del artículo 14 en el caso *Cînța vs. Rumania* de 2020, en relación con las restricciones de contacto del demandante con su hija, ordenadas por el tribunal, basadas en su enfermedad mental, tras divorciarse de la madre. El Tribunal consideró que el hecho de que el padre demandante padeciera una enfermedad mental no podía justificar que se le tratara de forma diferente a otros padres que deseaban mantener el contacto con sus hijos y consideró que se había producido una violación del artículo 14, aunque, una vez más, no se abordaron las posibles visiones estereotipadas de los padres con discapacidades mentales.

ii. Raza

No es posible abordar en este capítulo las numerosas formas en que los estereotipos raciales están presentes en la jurisprudencia del TEDH. Han aparecido extensamente, por ejemplo, en casos relativos a la brutalidad policial contra los gitanos;¹¹⁵ en casos relativos a la no devolución (*non refoulement*) de solicitantes de asilo¹¹⁶ y en otros casos relativos a migrantes, especialmente referidos al reencontro familiar.¹¹⁷ Un caso destacado fue la sentencia de la Gran Sala en *Biao vs. Dinamarca* de 2016, en la que se extendió al ámbito de la raza el precedente sen-

¹¹³ V. TEDH, *Kocherov...cit.*

¹¹⁴ *Ibid.*, jueza Keller, párr. 3.

¹¹⁵ V. Möschel, “Racial Stereotypes and Human Rights”, en *Stereotypes and Human Rights Law*.

¹¹⁶ Cf. Peroni, “The Protection of Women Asylum Seekers under the European Convention on Human Rights: Unearthing the Gendered Roots of Harm” en *Human Rights Law Review*, p. 347-370; Spijkerboer, “Gender, Sexuality, Asylum and European Human Rights” en *Law Critique*, p. 221-239.

¹¹⁷ V. Staiano, *The Human Rights of Migrant Women in International and European Law*.

tado en *Konstantin Markin* acerca de que los estereotipos no pueden justificar un trato diferenciado.¹¹⁸ El resto de este apartado se centrará en dos notables sentencias relativas a los estereotipos raciales: *Aksu y Budinova y Chaprazov*.

En el caso *Aksu contra Turquía* de 2012, la Gran Sala sostuvo, explícitamente, que los estereotipos pueden vulnerar el derecho a la vida privada — contenido en el artículo 8 del CEDH—

Cualquier estereotipo negativo de un grupo, cuando alcanza cierto nivel, puede afectar al sentido de identidad del grupo y los sentimientos de autoestima y confianza en sí mismos de los miembros del grupo. En este sentido, puede considerarse que afecta a la vida privada de los miembros del grupo).¹¹⁹

Aksu trató sobre dos publicaciones patrocinadas por el Estado: un diccionario y un libro titulado *Los Gitanos de Turquía*. Ambas publicaciones contenían estereotipos despectivos de la población romaní. El diccionario contaba con entradas como “Gitano - (metafóricamente) ser avaro o codicioso”,¹²⁰ y otras consideraciones del mismo estilo. El otro libro contenía pasajes que sugerían que los romaníes se ganaban la vida robando.¹²¹ El Sr. *Aksu*, de etnia romaní, se quejó de que esas consideraciones y expresiones degradaban a la comunidad romaní. Allí, el Tribunal reconoce que lo que está en juego es un “estereotipo negativo”, pero no hace ningún esfuerzo por desentrañar qué son exactamente estos estereotipos y por qué deben considerarse perjudiciales.

El Tribunal retomó ese desafío en el caso *Budinova y Chaprazov vs Bulgaria* de 2021, relativo al discurso de odio contra los gitanos por parte de un político.¹²² En esa sentencia, el Tribunal explicó qué factores considera relevantes para deter-

¹¹⁸ V. TEDH, *Biao vs. Dinamarca*; Cf. De Vries, “Rewriting Abdulaziz: The ECtHR Grand Chamber’s Ruling in *Biao vs. Denmark*” en *European Journal of Migration and Law*, pp. 467-479.

¹¹⁹ TEDH, *Aksu vs. Turquía*, párr. 58.

¹²⁰ Corte EDH, *caso Aksu vs. Turquía* (GC), petición núm. 4149/04, 41029/04, párr. 28; 15/03/2012.

¹²¹ *Ibid.*, párr. 12.

¹²² V. TEDH, *Budinova y Chaprazov vs. Bulgaria*.

minar si el estereotipo negativo alcanza un nivel tal como para desencadenar la aplicabilidad del artículo 8 del CEDH.¹²³ El Tribunal estableció que:

Cuando se alega que una declaración pública sobre un grupo social o étnico ha afectado a la `vida privada´ de sus miembros en el sentido del artículo 8 del Convenio, los factores relevantes para decidir si eso es efectivamente así incluyen, pero no se limitan necesariamente a: (a) las características del grupo (por ejemplo, su tamaño, su grado de homogeneidad, su especial vulnerabilidad o historial de estigmatización, y su posición frente a la sociedad en su totalidad); (b) el contenido preciso de las declaraciones negativas relativas al grupo (en particular, el grado en que podrían transmitir un estereotipo negativo sobre el grupo en su totalidad, y el contenido específico de ese estereotipo); y (c) la forma y el contexto en que se hicieron las declaraciones, su alcance (que puede depender de dónde y cómo se han realizado), la posición y el estatus de su autor, y la medida en que podría considerarse que han afectado a un aspecto esencial de la identidad y la dignidad del grupo. El contexto general de cada caso —en particular el clima social y político que prevalecía en el momento en que se hicieron las declaraciones— también puede ser una consideración importante.¹²⁴

En este caso, el Tribunal sostuvo que el espíritu general de las declaraciones era que “los romaníes eran parásitos sociales inmorales”.¹²⁵ Esto equivalía a un “estereotipo negativo extremo destinado a vilipendiar a los romaníes en Bulgaria y a fomentar los prejuicios y el odio hacia ellos”.¹²⁶ Por lo tanto, se consideró aplicable el artículo 8, en relación al artículo 14, y el Tribunal consideró que se había producido una violación a los preceptos de la Convención. Los cuatro factores contextuales que el Tribunal esbozó para evaluar los estereotipos negativos — (a) las características, la historia y la posición social del grupo; (b) el contenido de las declaraciones; (c) la forma y el contexto de las declaraciones, así como la posición del orador; (d) el contexto general del caso— probablemente aportarían más profundidad al análisis de los casos de discursos de odio.

¹²³ *Ibid.*, párr. 61.

¹²⁴ *Ibid.*, párr. 63.

¹²⁵ *Ibid.*, párr. 65.

¹²⁶ *Id.*

3. Resumen de los puntos fuertes del razonamiento antiestereotipos del TEDH

En este repaso se han expuesto los principales avances en materia de enfoque antiestereotipos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con especial atención a su conexión con la desigualdad. Los casos sobre discriminación sexual ilustran cómo los estereotipos no pueden justificar leyes o conductas discriminatorias —*Konstantin Markin*— y el Tribunal parece empezar a considerar, lentamente, más de un motivo al examinar las demandas por discriminación —*Carvalho Pinto*—. Los casos de violencia de género, especialmente los relativos a la violencia doméstica, muestran una evolución en el razonamiento del Tribunal. Actualmente, se considera —que las actitudes estereotipadas de las autoridades revelan fallas sistémicas —*Tkhelize*— y ayudan a determinar el carácter discriminatorio de la violencia —*Opuz, Talpis, Volodina, Tkhelize*—. Aunque todavía errática, esta jurisprudencia orienta lentamente al Tribunal hacia una consideración más clara de la violencia como resultado de la desigualdad estructural de género. Por último, los casos relacionados con la discapacidad y la raza muestran cómo, en cierta medida y no sin dificultades, el enfoque antiestereotipos ha contribuido a una lectura más inclusiva del derecho a la vida privada, lo que hace, también, que el Tribunal delibere, más frecuentemente, sobre la discriminación en estos casos. Esto es más claro en lo que respecta a los motivos prohibidos menos controversiales, como son la raza; mientras que la discapacidad —sobre todo cuando surgen estereotipos sobre la capacidad *legal* de las personas y el cuidado de otras— todavía requiere un análisis más profundo.

IV. Críticas y limitaciones

1. La incertidumbre subyacente sobre la concepción de la igualdad de género lleva a una constante imposibilidad de nombrar los estereotipos y abordarlos de forma consistente

La primera y más básica crítica es que el TEDH usualmente sigue ignorando los estereotipos. Esto es un problema porque la capacidad del Tribunal para abordar

los estereotipos dañinos depende de su voluntad de identificar los estereotipos.¹²⁷ No se puede cambiar una realidad sin nombrarla.¹²⁸ Tanto en los casos en los que los estereotipos desempeñaron un papel implícito,¹²⁹ como en los casos en los que el gobierno se basó explícitamente en ellos,¹³⁰ el TEDH a menudo ha guardado silencio. Por ejemplo, en muchas sentencias de discriminación sexual,¹³¹ el Tribunal no identifica el fenómeno, no utiliza el término “estereotipo”, ni tampoco incluye análisis de género alguno. En este sentido, el Tribunal no profundiza en los factores y actitudes sociales que han creado y siguen manteniendo la desigualdad. Esto puede ser pragmático —“cuanto menos se diga, mejor” parece— y defendible, hasta cierto punto, con base en la escasez de recursos del Tribunal. Si el Tribunal puede tratar un caso fácilmente, ¿por qué dedicarle más tiempo y atención? Sin embargo, de este razonamiento minimalista resulta que los Estados miembros del Consejo de Europa no aprenden nada sobre el daño que causan los estereotipos y, a su vez, las estructuras que crean la desigualdad permanecen inalteradas. Además, el argumento pragmático —en favor de no nombrar los estereotipos— oscurece los desacuerdos subyacentes y quizás, también, oscurece la confusión sobre los objetivos y los conceptos centrales de la prohibición de discriminación que existen en el seno del TEDH, como se explicará ahora.

Dentro del propio Tribunal —como demuestran los numerosos dictámenes separados en casos sobre el artículo 14 del CEDH— como en Europa en general, —como demuestran, por ejemplo, las campañas “antigénero”—¹³² los conceptos de igualdad —de género— y no discriminación están profundamente cuestionados. Esto se ha hecho tristemente evidente en una serie de sentencias en las que el Tribunal respaldó, de manera deliberada, ciertos estereotipos de género. Por ejemplo, algunos casos relativos a mujeres musulmanas y otros relacionados

¹²⁷ V. Cook y Cusack, *op. cit.*; Cf. Timmer, “Toward ... *cit.*”, pp. 720-722.

¹²⁸ Cf. Mackinnon, *Women's Lives, Men's Laws*, p.89.

¹²⁹ V. TEDH, *Rantsev vs. Chipre y Rusia*; Cf. Timmer, *op. cit.*, pp. 730- 734.

¹³⁰ V. TEDH, *M. y otros vs. Italia y Bulgaria*.

¹³¹ V. TEDH, *Schuler-Zraggen vs. Suiza*, párr. 67; *Zarb Adami vs. Malta*, párr. 82; *García Mateos vs. España; Cusan en Fazzo vs. Italia; Emel Boyraz vs. Turquía; Hülya Ebru Demirel vs. Turquía*.

¹³² V. Paternotte y Kuhar, *Anti-Gender Campaigns in Europe: Mobilizing against Equality*; Cf. Sosa, “Beyond gender equality? Anti-gender campaigns and the erosion of human rights and democracy”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, pp. 3-10.

con la protección de las mujeres en su rol de madres o de víctimas de violencia.¹³³ La sentencia de la Gran Sala en el caso *Khamtokhu y Aksenchik contra Rusia* de 2017 es, en este sentido, muy reveladora. Dicha sentencia hace referencia a la cuestión acerca de si los delincuentes varones adultos sufrían discriminación en Rusia, porque podían ser condenados a prisión perpetua; mientras que los menores de 18 años o los mayores de 65, así como las mujeres, estaban exentos de la prisión perpetua. La mayoría de la Gran Sala consideró que no se había violado el artículo 5 —derecho a la libertad— en relación con el 14 del CEDH; consideró que se trata de una sentencia controvertida y se desprende del número de votos individuales: seis en total. La parte del argumento que se refería a la discriminación por razón de sexo solo fue apoyada por una minoría de 7 de los 17 jueces, aunque 10 de los 17 están de acuerdo con la conclusión —que no hubo discriminación—.

Como señalaron los votos disidentes,¹³⁴ la opinión mayoritaria en *Khamtokhu y Aksenchik* abandonó la línea sostenida en *Konstantin Markin*. Aunque la mayoría se refirió a la regla *Konstantin Markin*, según la cual el Estado no puede justificar la desigualdad de trato entre mujeres y varones basándose en estereotipos, sin embargo, reforzó dichos estereotipos. Al mencionar que “el Tribunal ha tomado nota de varios instrumentos europeos e internacionales que abordan las necesidades de protección de las mujeres contra la violencia de género, el abuso y el acoso sexual en el entorno penitenciario, así como las necesidades de protección durante el embarazo y la maternidad”,¹³⁵ la mayoría optó, explícitamente, por proteger a las mujeres. La idea de que las mujeres necesitan protección parece uno de los tabúes, en materia de género, que el Tribunal no está todavía dispuesto a abordar. La jueza Nußberger, en su voto concurrente, expresó que la mayoría temía una “nivelación hacia abajo”, en el sentido de que, si el Tribunal consideraba que se había violado el artículo 14 del CEDH, Rusia aplicaría la resolución

¹³³ *V. M.D. vs. Irlanda*, párrs. 38-9; Peroni, “Case note ECHR M.D. vs. Ireland” en *European Human Rights Cases*.

¹³⁴ Cf. TEDH, *Khamtokhu y Aksenchik vs. Rusia*, votos concurrentes parcialmente disidentes de los jueces Sicilianos, Møse, Lubarda, Mourou-Vikström y Kucsko-Stadlmayer, párrs. 2, 3, y el voto disidente del juez Pinto de Albuquerque, párr. 11.

¹³⁵ *Ibid.*, párr. 82.

previando la prisión perpetua también para las mujeres.¹³⁶ Esto podría explicar por qué la mayoría dejó atrás la línea de *Konstantin Markin*, pero es nuevamente indicativo de que no está clara la concepción de igualdad que subyace en el Convenio Europeo.

2. Interseccionalidad

Como se explicó en la sección III.3, la interseccionalidad se convirtió, a pasos agigantados, en el enfoque recomendado para abordar la complejidad de la desigualdad y la discriminación de género. Dado que la interseccionalidad y los estereotipos se analizan en detalle en otro capítulo de este volumen, en este trabajo solo se aclarará que la noción pone de relieve las formas en que se crean y utilizan las categorías de distinción, —como el género, la raza, la clase, la discapacidad, etcétera— cómo interactúan entre sí y cómo se interconectan con los diferentes sistemas de opresión. Las situaciones de desigualdad y discriminación no pueden investigarse y analizarse basándose en una sola categoría de diferencia —dígase el género— y excluyendo otras. Esto se debe a que las categorías sociales se entrecruzan y entrelazan en múltiples sistemas de opresión que afectan colectivamente la vida de las personas.¹³⁷ Esta noción resulta útil para revelar cómo las diferentes categorías de diferencia que se entrecruzan dan forma a las desigualdades a las que se enfrentan las mujeres y la complejidad de la violencia que sufren.¹³⁸

Dicho esto, la interseccionalidad no puede reducirse al análisis de las “identidades”, ni centrarse en la “experiencia cualitativamente diferente” de las mujeres.¹³⁹ La interseccionalidad, en cambio, pone de relieve la naturaleza socioestructural de las desigualdades. Así, la “interseccionalidad estructural” examina la dinámica

¹³⁶ *Ibid.*, opinión disidente de la jueza Nußberger, párrs. 1-7.

¹³⁷ Cf. Sokoloff, “Expanding the Intersectional Paradigm to Better Understand Domestic Violence in Immigrant Communities”, en. *Critical Criminology*. p.229.

¹³⁸ V. Crenshaw “Beyond Racism and Misogyny”, en *Words that wound: critical race theory, assaultive speech, and the first amendment*.

¹³⁹ Cf. Crenshaw, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color”, en. *Stanford Law Review*, pp. 1241-1299. Disponible en <https://doi.org/10.2307/1229039>.

y los procesos que crean categorías de diferencia que conducen a la subordinación.¹⁴⁰ Las mujeres, o cualquier grupo, no son intrínsecamente “vulnerables”, sino que son “vulnerabilizadas” por las estructuras y los sistemas de poder. Sin embargo, como sostiene Strid y Verloo, “la interseccionalidad puede reducirse a la diversidad, la diferencia cultural, la experiencia subjetiva, la identidad y la singularidad de las luchas de los grupos minorizados, lo que hace que las estructuras de riesgo queden fuera de foco”.¹⁴¹

Aunque en el caso *Carvalho Pinto vs. Portugal*, el Tribunal consideró que la indemnización reducida que se le concedió a una mujer de 50 años que vio gravemente afectadas su vida personal, social y sexual debido a una negligencia médica se basaba en estereotipos relacionados con el género y la edad, en violación de los artículos 14 y 8, el examen de la jurisprudencia en este capítulo indica que el razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos aún no ha incorporado la interseccionalidad. Varios casos muestran una total falta de consideración de los motivos que habrían sido relevantes en el análisis de las violaciones de dichos artículos. Por ejemplo, se considera que la discapacidad se entrecruza con la raza y el género, lo que determina el nivel educativo, el tipo de empleos a los que acceden las personas, los barrios en los que viven, su acceso a distintos servicios y su salud a lo largo de la vida.¹⁴² Aunque la intersección de la discapacidad y la clase socioeconómica se percibe claramente en *Saviny vs. Ucrania*, —véase la sección III.C.a. — el Tribunal no reconoció explícitamente esta interconexión.

Casos recientes sobre violencia doméstica también muestran una completa falta de atención a otros factores que no sean el género. Si bien la relevancia de la migración en los casos de violencia de género está bien documentada, es destacada por numerosos órganos de derechos humanos,¹⁴³ el propio Tribunal se

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ Strid y Verloo, “Intersectional complexities in gender-based violence politics”, en *Intersectionality in Feminist and Queer Movements*, p. 87.

¹⁴² *Cf.* Di Petre y Eirich, “Cumulative advantage as a mechanism for inequality: A review of theoretical developments”, en *Annual Review of Sociology*, pp. 271-97; Shuey y Wilson, “Cumulative disadvantage and black-white disparities in life-course health trajectories”, en *Research on Aging*, pp. 200-25.

¹⁴³ *V.* por ejemplo, CEDAW, Recomendación General Núm. 26, C/GC/28 16/12/2010; o las conclusiones del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, elaboradas tras su visita oficial a Italia (del 15 al 26 de enero de 2012).

remite a dichos informes¹⁴⁴ y se ha enfrentado a solicitudes explícitas de terceros intervinientes.¹⁴⁵ El TEDH omite hacer referencia al origen migrante de las víctimas y a cómo dicho elemento puede contribuir a incrementar el riesgo que padecen. *Talpis*, por ejemplo, es un caso acerca de varios episodios de violencia contra una mujer y sus hijos, por parte del marido, con el resultado de la muerte de un hijo. Allí, si bien el Tribunal señala, de manera explícita, la nacionalidad del agresor en la resolución pasa por alto el origen migrante de la víctima al limitarse a afirmar que “la demandante nació en 1965 y vive en Remanzaccio”.¹⁴⁶ En *Kurt vs. Austria*, otro caso relativo al asesinato del hijo de la demandante y el posterior suicidio del autor, tampoco se tienen en cuenta el origen migrante y la situación socioeconómica de la demandante y del agresor. La jueza Elósegui señala estas deficiencias en su voto disidente en este último caso, y destaca que:

En la sentencia se afirma que la demandante tiene nacionalidad austriaca, pero no se da ninguna información sobre su nivel de estudios. Según la información facilitada por el abogado de la demandante durante la audiencia, esta nació en Turquía en 1978 y fue escolarizada allí hasta los catorce años. Se trasladó de Turquía a Austria cuando tenía catorce años. En Austria recibió educación solamente dos años (de los catorce a los dieciséis), en una escuela media de bajo nivel (Hauptschule), donde empezó a aprender alemán. No terminó la escuela y no tuvo ninguna formación formal o profesional después. Nunca asistió a un curso de alemán. Trabajó como cuidadora de niños y aprendió alemán de los niños que cuidaba, así como de sus propios hijos más adelante. Luego trabajó como ayudante en una cocina y perdió su empleo. Una mujer turca del Centro de Protección contra la Violencia le ofreció asesoramiento en turco porque su alemán no era muy bueno. Cuando fue a la policía, dicha mujer la acompañó, pero la entrevista con la policía fue en alemán y no tuvo intérprete.¹⁴⁷

Esto confirma las conclusiones generales sobre la falta de acceso de las personas migrantes a educación y formación adecuadas; y sus bajos ingresos en el trabajo,

¹⁴⁴ Cf. TEDH, *Talpis vs. Italia*, párrs. 55, 59, 60.

¹⁴⁵ Cf. TEDH, *Kurt vs. Austria*, párr. 137.

¹⁴⁶ TEDH, *Talpis*, párr. 6.

¹⁴⁷ TEDH, *Kurt...cit.*, voto disidente de la jueza Elósegui, párr. 8.

elementos todos ellos que repercuten en los casos de violencia, según la jueza. Sin embargo, en lugar de centrarse en las fallas sistémicas y estructurales que conducen a estas situaciones —como lo haría un enfoque interseccional— la jueza Elósegui cae en un enfoque cultural, a veces esencialista. Afirma:

El objetivo de este voto disidente es centrarse en un elemento esencial para evaluar el riesgo real e inmediato de las personas vulnerables que son víctimas de violencia doméstica, y el riesgo de violencia contra los niños que pertenecen al hogar común (véase el apartado 159 de la sentencia). Este elemento es la relevancia del *entorno cultural* en el contexto de la valoración del riesgo de violencia doméstica.¹⁴⁸

Incluso en los casos en los que el Tribunal ha identificado la relevancia de la combinación de más de un motivo, el análisis se centra en la “vulnerabilidad” del individuo o del grupo —“mujer africana y trabajadora sexual”— en lugar de preguntarse cómo el racismo, la xenofobia y el patriarcado ponen a las mujeres negras africanas migrantes que son trabajadoras sexuales en riesgo de sufrir abusos policiales en España.¹⁴⁹

3. Orientación sexual, identidad/expresión de género (OSIEG) e identidades de género no binarias

El Tribunal de Estrasburgo desarrolló una considerable jurisprudencia sobre los derechos de personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans¹⁵⁰ e Intersex —LGBTI—, y estableció que la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 14 del Convenio abarca cuestiones relacionadas con la orientación sexual,¹⁵¹ la identidad

¹⁴⁸ *Ibid.*, párr. 2

¹⁴⁹ V. TEDH, *B.S. . . cit.*

¹⁵⁰ El término “trans” es un concepto paraguas que se refiere a toda persona que no percibe su identidad de género como la que se espera socialmente que cumpla en relación con el sexo que asignado al nacer. El término “transgénero” se refiere a aquellas personas que viven, o desean vivir, una parte de su vida desempeñando un rol de género diferente al que se espera socialmente que se les asigne al nacer, mientras que “transexual” se refiere a aquellas personas que pretenden pasar, que están pasando o que han pasado por un proceso de afirmación de género.

¹⁵¹ V. Corte EDH *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, Núm. 33290/96, párr. 28, TEDH 1999-IX; y *P.V. vs. España*, Núm.35159/09, párr. 30.

y la expresión de género —OSIEG—. ¹⁵² El Tribunal ha profundizado en temas como la prohibición de ciertas actividades basadas en la orientación sexual — como el alistamiento en las fuerzas armadas—, ¹⁵³ la criminalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, ¹⁵⁴ la edad diferencial de consentimiento sexual para las relaciones homosexuales, ¹⁵⁵ los beneficios de la seguridad social a las parejas del mismo sexo, ¹⁵⁶ el reconocimiento legal del género, la paternidad, ¹⁵⁷ la adopción, ¹⁵⁸ y el derecho a casarse o permanecer casado. ¹⁵⁹ Como han señalado González Salzberg ¹⁶⁰ y Johnson, ¹⁶¹ no cabe duda de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha convertido en un sitio importantísimo en el que se construyen identidades sexuales y de género a nivel simbólico. Por ejemplo, el Tribunal ha determinado en su jurisprudencia qué aspectos pueden o no considerarse constitutivos de la propia identidad de género —terapia de afirmación de sexo, cirugía genital, si la vida familiar es un aspecto aceptado y protegido en la vida de los hombres homosexuales o de las lesbianas, etcétera—.

¹⁵² Corte EDH, caso *P.V. vs. España*, Petición Núm. 35159/09, párr. 30, 30/11/2010.

¹⁵³ V. Corte EDH, caso *Lustig-Prean and Beckett vs. the United Kingdom*, aplicaciones Núm. 31417/96 and 32377/96, 25/07/2000; caso *Smith and Grady v United Kingdom*, aplicaciones num. 33985/96 and 33986/96, 27/09/1999.

¹⁵⁴ V. Corte EDH, caso *Dudgeon vs. Reino Unido*, aplicación Núm. 7525/76, 22/10/1981; caso *Norris vs. Irlanda*, aplicación Núm. 10581/83, 26/10/1988; caso *Modinos vs. Cyprus*, aplicación Núm. 15070/89, 22/04/1993; *ADT vs. Reino Unido*, aplicación Núm. 35765/97, 31/07/2000.

¹⁵⁵ Corte EDH, caso *L. y V. vs. Austria*, aplicaciones Núm. 39392/98 y 39829/98, 09/01/2003; caso *S.L. vs. Austria*, aplicación núm. 45330/99, 09/01/2003; caso *Woditschka y Wilfing vs. Austria*, aplicaciones núm. 69756/01 18297/03, 11084/02, 5263/03, 7336/03, 21/10/2004; caso *Ladner vs. Austria*, aplicación Núm. 18297/03, 3/02/2005; caso *Wolfmeyer vs. Austria*, petición Núm. 5263/03, 26/05/2005; caso *H.G. y G.B. vs. Austria*, aplicaciones Núm. 11084/02, 15306/02, 2/06/2005; caso *R. H. vs. Austria*, aplicación Núm. 7336/03, 19/01/2006; caso *E.B. y otros vs. Austria*, aplicación Núm. 31913/07, 38357/07, 48098/07, 48777/07 y 48779/07, 7/11/2013.

¹⁵⁶ Corte EDH, caso *Mata Estevez vs. España*, petición Núm. 56501/00, 10/05/2001; caso *P.B. y J.S. vs. Austria*, petición Núm. 18984/02, 22/07/2010; caso *Aldeguer Tomás vs. España*, petición Núm. 35214/09, 14/06/2016.

¹⁵⁷ V. Corte EDH, caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, petición Núm. 33290/96, 21/12/1999; caso *Bonnaud y Lecoq vs. Francia*, petición Núm. 6190/11, 6/02/2018; caso *Honner vs. Francia*, petición Núm. 19511/16, 12/11/2020.

¹⁵⁸ V. Corte EDH, caso *Fretté vs. France*, petición Núm. 36515/97, 26/02/2002; y el punto de vista opuesto en *EB vs. France (GS)*, petición núm. 43546/02, 22/01/2008.

¹⁵⁹ V. Corte EDH, caso *Schalk y Kopf vs. Austria*, petición Núm. 30141/04, 24/06/2010; caso *Vallianatos y otros vs. Grecia (CS)*, aplicación Núm. 29381/09 y 32684/09, 7/11/2013; caso *Oliari y otros vs. Italia*, aplicación Núm. 18766/11 y 36030/11, 21/07/2015.

¹⁶⁰ Cf. González Salzberg, *Sexuality and Transsexuality Under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*, p. 7.

¹⁶¹ Cf. Johnson, “Sociology and the European Court of Human Rights” en *Sociological Review*, p. 558.

De hecho, la mayoría de las temáticas relacionadas con la OSIEG entran en el ámbito del artículo 8 de la Convención, que contiene el derecho a la vida privada y familiar. El artículo 8 es aplicable en los casos de reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transexuales,¹⁶² las condiciones de acceso a cirugías,¹⁶³ y el reconocimiento jurídico de la identidad de género de las personas transgénero que no se han sometido a un tratamiento de reasignación de género.¹⁶⁴ Sin embargo, mientras que el derecho de las personas transgénero al desarrollo personal y a la seguridad física y moral se ha incluido directamente en el artículo 8,¹⁶⁵ cuestiones que afectan a otros aspectos en el ámbito de aplicación de la norma han resultado más discutidas.

Como señaló Amnistía Internacional en su intervención como tercera parte en el caso *Hämäläinen vs. Finlandia*:

A menudo, la discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género encuentra su expresión respecto a las *relaciones familiares*. En la gran mayoría de estos casos, los órganos jurisdiccionales concluyeron que los Estados no habían presentado argumentos razonables, convincentes, objetivos o de peso para justificar la discriminación contra las personas por su orientación sexual. Los estereotipos constituyen una forma de discriminación cuando dan lugar a un trato diferenciado que anula o perjudica el goce de los derechos humanos o las libertades fundamentales. Muchas diferencias de trato basadas en la orientación sexual tenían sus raíces en los estereotipos sobre los roles de género”.¹⁶⁶

Este caso muestra que las personas que conforman una pareja en la que ambas se identifican como mujeres, bajo la visión estereotipada del Tribunal, son identificadas como lesbianas, independientemente de la autopercepción de la persona.

¹⁶² V. TEDH, *Rees vs. Reino Unido*; *Cossey vs. Reino Unido*; *X, Y y Z vs. Reino Unido*; *Sheffield y Horsham vs. Reino Unido*; *Christine Goodwin vs. Reino Unido*; *I. vs. Reino Unido*; *Hämäläinen vs. Finlandia*.

¹⁶³ V. TEDH, caso *L.c vs. Lituania*, petición Núm. 27527/03, párrafos 56-57, 11/09/2007; caso *Schlumpf vs. Suiza*, Petición Núm. 29002/06, párrafo 107, 08/01/2009; caso *Y.Y. vs. Turquía*, Petición Núm. 14793/08, párrafos 65-66, 10/03/2015.

¹⁶⁴ Cf. TEDH, *Garçon y Nicot vs. Francia*, 2017, párrafos 95-96)

¹⁶⁵ Cf. TEDH, *Christine Goodwin ...cit.*, párr. 90; *Grant vs. Reino Unido*, párr. 40; *L. vs Lituania ...cit.*, párr. 59.

¹⁶⁶ TEDH, *Hämäläinen...cit.*, párr. 54.

De hecho, el ámbito de la familia y de las relaciones familiares muestra las numerosas tensiones que surgen en relación con los casos vinculados a la OSIEG y las persistentes visiones estereotipadas de la familia. El matrimonio entre personas del mismo sexo es uno de los ámbitos controvertidos. Actualmente, el TEDH parece considerar que las personas trans tienen derecho a casarse con una persona del sexo opuesto,¹⁶⁷ pero el Convenio Europeo como tal no confiere el derecho a casarse —o a seguir casado con— alguien del mismo sexo que es reconocido tras el proceso de afirmación de género si ese derecho no está contenido en la legislación interna.¹⁶⁸ En el caso *Parry vs. Reino Unido*, la Sra. Wena Parry y la Sra. Anita Parry, estaban casadas y tenían tres hijos y deseaban permanecer juntas como “una pareja amorosa y casada”, pero se pidió a Wena que anulara su matrimonio si quería obtener el reconocimiento legal de su género.¹⁶⁹ Hicieron hincapié en que “una unión civil no les proporcionaba el equivalente al matrimonio; carecían de los contextos históricos, sociales y religiosos del matrimonio, que era un eje de la organización social”.¹⁷⁰ El Tribunal no consideró que se hubiera violado el artículo 8, ya que consideró que, dado que el matrimonio entre personas del mismo sexo no estaba permitido en ese momento en la legislación inglesa, la posibilidad de que las demandantes pudieran continuar su relación y darle un estatus legal similar al del matrimonio, es decir, una unión civil, era una opción adecuada.

Del mismo modo, en la sentencia de la Gran Sala de *Hämäläinen vs. Finlandia*, la demandante se quejaba de que el pleno reconocimiento de su nuevo género le exigía poner fin a su matrimonio, o transformarlo en una unión civil. Argumentó que esto violaba el derecho a la vida familiar. También alegó que se trataba de una discriminación que entraba en el ámbito del artículo 14, ya que a ella y a su familia se les proporcionaba “menos protección que a las personas con matrimonios heterosexuales debido a las opiniones estereotipadas asociadas a la identidad de género de la demandante”.¹⁷¹ Nuevamente, el Tribunal no consideró que se

¹⁶⁷ V. TEDH, *Christine Goodwin...cit*; *I. vs. Reino Unido*.

¹⁶⁸ TEDH, *Hämäläinen...cit.*, Petición Núm. 37359/09, 16/07/2014.

¹⁶⁹ V. TEDH, *Parry vs. Reino Unido*.

¹⁷⁰ Cf. *Ibid.*, p. 9.

¹⁷¹ TEDH, *Hämäläinen...cit.*, párr. 105.

hubiera violado el artículo 8. En los casos *Parry y Hämäläinen*, el Tribunal parece asumir que la mutabilidad de género —transición de un género a otro— conlleva la mutabilidad de la sexualidad —transición de una orientación sexual a otra— y se resiste cuando dicha mutación no existe. Además, parece incapaz de aceptar la posible mutabilidad de la sexualidad de la pareja de los demandantes principales. La potencial mutabilidad de la sexualidad de una persona cis, es decir, una persona cuyo sentido de identidad personal y de género se corresponde con su sexo de nacimiento, que no había sido patologizada o, en otras palabras, que no se consideraba que necesitara ninguna transformación física para “encajar” con su identidad percibida, sigue pareciendo una actitud desviada.

Estos casos indican que el Tribunal de Estrasburgo se aferra a una visión estereotipada del matrimonio, esencialmente heterosexual. Incluso cuando reconoce el derecho al matrimonio de las personas transexuales, se limita a los matrimonios entre sexos opuestos. A los ojos del Tribunal, si los miembros de la pareja —cis o trans— son del mismo sexo, las uniones civiles parecen ser suficiente. Aunque las implicancias prácticas sobre los derechos parentales pueden ser limitadas en los casos en que el matrimonio y la unión civil tienen características similares, las implicancias simbólicas son poderosas, ya que la protección de la familia, especialmente en relación con los niños, se ha articulado tradicionalmente a través del matrimonio.

También aparecen tensiones en relación con el rol parental de personas transgénero. En el reciente caso *AM y otros contra Rusia* de 2021, la demandante alegó que su identidad de género y el hecho de que se hubiera sometido a una transición de género desempeñaban un papel crucial en la restricción de sus derechos parentales, a pesar de que no había ninguna prueba en los tribunales que sugiriera que su contacto con los niños sería perjudicial para su salud psicológica y su desarrollo.¹⁷² El Tribunal consideró en este caso que se había producido una violación del derecho a la vida privada —artículo 8— y a la prohibición de discriminación —artículo 14—, ya que los tribunales locales se basaron en la tran-

¹⁷² V. TEDH, *A.M. y otros vs. Rusia*, 2021.

sición de género de la demandante para restringir sus derechos parentales y el contacto con sus hijos, sin hacer una evaluación adecuada del posible daño a los niños. Los planteamientos de las terceras partes interesadas argumentaron a favor de los derechos parentales del solicitante basándose, de diferentes maneras, en el análisis contra los estereotipos. ILGA y Transgender Europe hicieron referencia a los “estereotipos sobre la paternidad transgénero”;¹⁷³ Human Rights Watch se refirió al “estigma y los prejuicios sociales”;¹⁷⁴ y el Centro de Derechos Humanos de Gante mencionó “el uso de estereotipos negativos sobre la disforia de género”.¹⁷⁵ Los estereotipos que afectan a padres transexuales parecen derivarse de prejuicios negativos. Uno de estos supuestos parece estar relacionado con la “capacidad moral” de las personas trans, plagada de conjeturas sobre su sexualidad y promiscuidad. Esto sugiere que las personas trans siguen siendo percibidas como personas “desviadas”.

El segundo supuesto negativo está relacionado con el posible impacto dañino que la transición del progenitor pueda “causar” en el desarrollo emocional y psicológico de los niños. En el caso *A.M. y otros*, el Tribunal subrayó que, para restringir los derechos parentales, la situación familiar en su conjunto debe evaluarse mediante un “examen minucioso e individualizado” libre de “percepciones negativas y prejuicios sobre el rol parental de las personas transgénero”.¹⁷⁶ Esto parece un avance positivo hacia una visión de la paternidad trans, libre de estereotipos. Dicho esto, la jueza Elósegui y el juez Ravarani expresaron, en sus votos concurrentes, que es necesario escuchar más voces, especialmente las de la exesposa y los hijos, en estos casos.¹⁷⁷ Estas voces se oponen implícitamente a la demanda de la solicitante, ya que estos casos suelen surgir tras un conflicto privado. Se trata de un ámbito en el que el enfoque antiestereotipos ofrecerá, seguramente, muchas orientaciones en el futuro.

¹⁷³ *Ibid.*, párr. 69.

¹⁷⁴ *Ibid.*, párr. 70.

¹⁷⁵ *Ibid.*, párr. 71.

¹⁷⁶ *Ibid.*, párr. 56.

¹⁷⁷ *Id.*, voto concurrente de la jueza Elósegui y el juez Ravarani.

Por último, los puntos de vista heteronormativos y cisnormativos del Tribunal también surgen en las resoluciones de casos de discriminación por razón de sexo, incluso en las más progresistas. Un ejemplo claro es el ya clásico *Konstantin Markin*, en el que el Tribunal destacó que los estereotipos de género perjudican tanto a los hombres como a las mujeres, ya que estos estereotipos son “desventajosos tanto para las carreras de las mujeres como para la vida familiar de los hombres” como ya fue citado anteriormente. Por lo tanto, este caso presentado por un hombre, fue también una victoria para las mujeres, ya que cuestionó la legitimidad de cualquier estereotipo de género, —aunque entendido desde una perspectiva cisnormativa—. El razonamiento del Tribunal sigue anclado en el binarismo hombre/mujer. Esto se manifiesta, nuevamente, en el reciente caso *Napotnik vs. Rumania* de 2020 relativo a la desvinculación inmediata de una trabajadora de un puesto diplomático en la Embajada de Rumania en Eslovenia, supuestamente debido a su embarazo. Allí, el Tribunal menciona que “solo las mujeres pueden recibir un trato diferente por motivos de embarazo y, por esta razón, tal diferencia de trato equivaldrá a una discriminación directa por razón de sexo si no está justificada”.¹⁷⁸ Aunque la discriminación por embarazo es claramente una discriminación por razón de sexo, asociar exclusivamente a las *mujeres cis* con el embarazo supone negar que los *varones trans* u otras identidades de género también puedan embarazarse.

V. El camino a seguir: la adjudicación de los estereotipos

1. Primer paso: Nombrar los estereotipos y explicitar el daño que generan

Nuevamente, es importante enfatizar que, para captar las dimensiones sistémicas y estructurales de la desigualdad, los estereotipos explícitos e implícitos deben ser reconocidos y nombrados como tales.¹⁷⁹ En este sentido, los estereotipos deben ser “capturados” en toda su complejidad, es decir, deben cuestionar la

¹⁷⁸ Cf. TEDH, *Napotnik vs. Rumania*, párr. 77.

¹⁷⁹ Cf. Cook y Cusack, *op. cit.*; Timmer, *op. cit.*

intersección de diferentes categorías —género, raza, clase, discapacidad— de modo conjunto y no por separado. Además, un enfoque de la discriminación que se base en un comparador, es decir, que equipare la discriminación con el trato diferencial, no tiene sentido. Los daños que causan los estereotipos no son de naturaleza comparativa: no se derivan de una comparación con otro grupo que ha sido tratado mejor.¹⁸⁰ La adjudicación, en cambio, debe cuestionar cómo tales estereotipos derivan y sostienen las desigualdades estructurales y sistémicas en el ámbito que se examina —ya sea en las relaciones familiares, el trabajo, la educación, la violencia, u otros. Para ello, es necesario conectar los estereotipos con el contexto específico.

Desgraciadamente, a pesar de los avances observados en algunas de las sentencias comentadas, nombrar los estereotipos no es todavía una práctica establecida. En casos recientes, el Tribunal no ha mencionado los estereotipos, incluso cuando se hace referencia a ellos en las propias citas de los documentos internacionales que incluyen, o son planteados por los demandantes y los terceros intervinientes. Este silencio sobre los estereotipos, en combinación con la interpretación de los casos sin perspectiva de género o con una perspectiva de género por demás acotada, en particular los casos relativos a la violencia de género, o la discriminación sexual, pueden dar lugar a una percepción falsa de estos problemas como incidentales y no estructurales.

Un ejemplo de una sentencia que nombra con especial fuerza los estereotipos es *Kiyutin vs. Rusia* de 2011. Este es el caso de un hombre al que se le denegó un permiso de residencia ruso únicamente por ser portador de VIH. Basándose en el caso de *Alajos Kiss vs. Hungría* de 2010, comentado anteriormente, el Tribunal sostuvo que las personas seropositivas constituyen un grupo vulnerable que ha sido históricamente estigmatizado.¹⁸¹ El Tribunal nombra el estereotipo de que las personas seropositivas mantienen relaciones sexuales de riesgo y lo denuncia como falso:

¹⁸⁰ Cf. Moreau, “Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups”, en *Journal of Law and Equality*, pp. 88-92; V. Goldberg, “Discrimination by Comparison”, en *120 Yale L.J.*, pp. 728-812; Timmer, *op. cit.*

¹⁸¹ Cf. TEDH, *Kiyutin vs. Rusia*, párr. 64.

Excluir a los no nacionales seropositivos de la entrada o residencia con el fin de prevenir la transmisión del VIH se basa en la suposición de que tendrán un comportamiento inseguro específico y de que el nacional tampoco se protegerá. Esta suposición equivale a una generalización que no se basa en hechos.¹⁸²

En Kiyutin, el Tribunal explora cómo los estereotipos pueden surgir de una mezcla de ignorancia y prejuicios, dando lugar a creencias que son perjudiciales tanto por ser falsas, como por crear estigma y discriminación:

La infección por VIH se ha relacionado a comportamientos —como las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, la inyección de drogas, la prostitución o la promiscuidad— que ya estaban estigmatizados en muchas sociedades, creando un falso nexo entre la infección y la irresponsabilidad personal y reforzando otras formas de estigmatización y discriminación, como el racismo, la homofobia o la misoginia”.¹⁸³

2. Segundo paso: refutar

El siguiente paso lógico, tras nombrar los estereotipos y señalar su efecto negativo, es impugnarlos. Para ello, sin embargo, es necesario identificar el papel o la conexión de los estereotipos con la discriminación y, sobre todo, con la desigualdad estructural que subyace en los diferentes casos. Esencialmente, el peligro de los estereotipos es que justifican y refuerzan la discriminación; es decir, anclan la desigualdad estructural. El razonamiento jurídico de los tribunales debería captar esto. Para implementar el potencial que tiene el concepto de estereotipo, los tribunales deben reconocer que los estereotipos dan lugar a un trato desigual injusto.¹⁸⁴ Solo enmarcando los estereotipos como una cuestión de discriminación, el Tribunal puede trascender el nivel del demandante individual y abordar las implicancias perjudiciales más amplias de dichos estereotipos.¹⁸⁵ Solo analizando esos

¹⁸² *Ibid.*, párr. 68.

¹⁸³ *Ibid.*, párr. 64.

¹⁸⁴ Cf. Moreau, “The Wrongs of Unequal Treatment”, en *University of Toronto Law Journal*, pp. 291-326.

¹⁸⁵ *V. TEDH, V.C. vs. Eslovaquia*, voto disidente del juez Mijović.

estereotipos desde una perspectiva antidiscriminatoria puede el Tribunal abordar el impacto más amplio que tienen en los grupos vulnerados —como los gitanos, las personas con una discapacidad psicosocial/intelectual o las mujeres—.

En opinión de las autoras, la mejor manera de hacerlo es examinar la violación de la prohibición de discriminación en combinación con los derechos sustantivos, o añadir una discusión contextual a los derechos sustantivos que permita identificar los estereotipos implícitos.

VI. Conclusiones

La experiencia y las dificultades del Tribunal Europeo para identificar los estereotipos pueden servir de guía a otros jueces y poner en relieve las áreas de tensión. La idea fundamental de este capítulo es subrayar que un primer paso para juzgar desde una perspectiva antiestereotipos es nombrarlos y hacer explícita su conexión con la discriminación. Esto debe hacerse desde una perspectiva interseccional y teniendo en cuenta las interpretaciones cisonormativas y heteronormativas, especialmente en los ámbitos en los que estas abundan, como es el caso de las relaciones familiares. Luego, es necesario establecer y aclarar la conexión de los estereotipos con la discriminación y la desigualdad. Para ello, es esencial elaborar el significado de la igualdad sustantiva, estructural y transformadora. Esperamos que nuestro análisis de la jurisprudencia del TEDH en este capítulo pueda contribuir de manera significativa en futuros casos de adjudicación.

Bibliografía

Adams, R. y Ní Loideáin, N., “Addressing indirect discrimination and gender stereotypes in AI virtual personal assistants: the role of international human rights law”, *Cambridge International Law Journal*, núm. 8, tomo 2, 2019, pp. 241-57.

Añón, M.J., “Transformations in anti-discrimination law: progress against subordination”, *Revus*, núm. 40, tomo 1, 2020, pp. 27-43.

Appiah, K.A., “Stereotypes and the Shaping of Identity”, *California L Rev*, núm. 88, tomo 1, 2000, pp. 41-53.

Arstein-Kerslake, A., *Legal Capacity & Gender*. Springer International Publishing, Nueva York, 2021.

Atrey, S., *Intersectional Discrimination*. Oxford University Press, Oxford, 2019.

Barrère Unzueta, M. Á., “Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio”, *Anuario de Filosofía Del Derecho*, XXXIV (34), 2018.

———, *El derecho antidiscriminatorio y sus límites: especial referencia a la perspectiva iusfeminista*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2014.

Baretto, M. and Ellemers, N., “The Burden of Benevolent Sexism: How it Contributes to the Maintenance of Gender Inequalities”, *European J of Social Psychology*, núm. 35, tomo 5, 2005, pp. 633-42.

Beauvoir, S., *The Second Sex*, Vintage Books, New York, 1949.

Byrnes, A., “Article 1”, en Freeman, M.A. et al. (eds), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, OUP, Oxford, 2012.

Clérico, L., “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad”, *Revista Derecho Del Estado*, núm. 41, tomo 1, 2018, pp. 67-96.

———, “Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos”, *Derechos En Acción*, núm. 5, tomo 5, 2017, pp. 206-241.

- Clérico, L., y Novelli, C., “La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir “campo algodón”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 67, tomo 1, 2015, pp. 137-143.
- Clérico, L., y Aldao, M., “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, *Revista Lecciones y Ensayos*, núm. 89, tomo 1, 2011, pp. 141-179.
- Cook, R.J. y Cusack, K.S., *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Pennsylvania Press, Pennsylvania, 2010.
- Crenshaw, K. W., “Beyond Racism and Misogyny”, *Words that wound: critical race theory, assaultive speech, and the first amendment*, 1993.
- , “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color”, *Stanford Law Review*, 43(6), 1991, pp. 1241-1299. Disponible en <https://doi.org/10.2307/1229039>
- David, D., Amodio, D. y Lieberman, M.D., “Pictures in Our Heads: Contributions of fMRI to the Study of Prejudice and Stereotyping”, en Nelson T.D. (ed.), *Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Psychology Press, Washington, 2009.
- Davis, K., “Intersectionality as buzzword: A sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful”, *Feminist Theory*, núm. 9, tomo 1, 2008, pp. 67-85.
- De Vries, K.M., “Rewriting Abdulaziz: The ECtHR Grand Chamber’s Ruling in Biao v. Denmark”, *European Journal of Migration and Law*, núm. 8, tomo 1, 2016, pp. 467-479.
- Devine, P.G. y Sharp, L.B., “Automaticity and Control in Stereotyping and Prejudice”, en Nelson, T.D. (ed.), *Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Psychology Press, Washington, 2009.

- Di Petre, T A. y Eirich G M., “Cumulative advantage as a mechanism for inequality: A review of theoretical developments.” *Annual Review of Sociology* num. 32, 2006, pp. 271-97.
- Duckitt, J., “Historical overview”, en Dovidio, J.F., Hewstone, M., Glisk, P. y Esses, V. M. (eds), *The SAGE handbook of prejudice, stereotyping and discrimination*, Sage Publishers, London, 2010.
- Enesco, I., Navarro, A., Paradela, I., Guerrero, S., “Stereotypes and beliefs about different ethnic groups in Spain. A study with Spanish and Latin American children living in Madrid.” *J. Appl. Dev. Psychol.* núm. 26, 2005, pp. 638-659.
- Franklin, C., “The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law”, *New York University Law Review* núm. 85, 2010, tomo 83.
- Fein, S. and Spencer, S.J., “Prejudice as Self-Image Maintenance: Affirming the Self Through Derogating Others”, en Stangor C. (ed.), *Stereotypes and Prejudice: Essential Readings*, Psychology Press, Washington, 2000.
- Fenton, Z.E., “Domestic Violence in Black and White: Racialized Gender Stereotypes in Gender Violence”, *Columbia Journal of Gender and Law*, núm. 8, tomo 1, 1998-9, pp. 1-65.
- Fiske, S.T. *et al.*, “Social Science Research on Trial: Use of Sex Stereotyping Research in Price Waterhouse v Hopkins”, *American Psychologist*, núm. 46, tomo 10, 1991, pp. 1049-1060.
- Fredman, S., *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law. European Network of Legal Experts in gender equality and non-discrimination*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2016.

- Fredman, S., "Beyond the Dichotomy of Formal and Substantive Equality: Towards a New Definition of Equal Rights", en Ineke Boerefijn (ed.) *Temporary Special Measures: Accelerating De Facto Equality of Women Under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*, Insentia, NV, 2003.
- Ghidoni, E., *Developing Structural Intersectionality in Legal Analysis: The Case of Stereotypes as Forms of Discrimination*, Universidad de Deusto, 2021.
- Gilman, S.L., *Difference and Pathology: Stereotypes of Sexuality, Race and Madness*, Cornell University Press, Ithaca, 1985.
- Goldberg, S.B., "Discrimination by Comparison", 120 *Yale L.J.*, núm. 120, tomo 728, 2011, pp. 728-812.
- Gonzalez Salzberg, D.A., *Sexuality and Transsexuality Under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*, Hart Publishing, Londres, 2019.
- Greenwald, A.G. and Banaji, M.R., "Implicit Social Cognition: Attitudes, Self-Esteem, and Stereotypes", *Psychological Review*, núm. 102, tomo 1, 1995, pp. 4-27.
- Hinton, P.R., *Stereotypes and the Construction of the Social World*, Routledge, Nueva York/Londres, 2019.
- Holtmaat, R. and Naber, J., *Women's Human Rights and Culture: From Deadlock to Dialogue*, Intersentia, Antwerp, 2011.
- Johnson, P., "Sociology and the European Court of Human Rights", *Sociological Review*, núm. 62, tomo 3, 2014, pp. 547-564.
- Mackinnon, C.A., *Women's Lives, Men's Laws*, Belknap Press, Cambridge, 2005.

Mackinnon, V., “Reflections on Sex Equality under Law”, *Yale Law Journal*, núm. 100, tomo 5, 1991, pp. 1308-1324.

Moreau, S., “The Wrongs of Unequal Treatment”, *University of Toronto Law Journal*, núm. 54, tomo 3, 2004, pp. 291-326.

—————, “Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups”, *Journal of Law and Equality*, núm. 5, tomo 1, 2006, pp. 81-96.

—————, “Equality Rights and Stereotypes”, en Dyzenhaus, D. and Thorburn, M. (eds), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, OUP, Oxford, 2016.

—————, *Faces of Inequality: A Theory of Wrongful Discrimination*, OUP, Oxford, 2020.

Möschel, M., “Racial Stereotypes and Human Rights” en Brems, E. and Timmer, A. (eds), *Stereotypes and Human Rights Law*, Intersentia, Antwerp, 2016.

Nelson, T.D. (ed.), “Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination”, Psychology Press, Washington, 2009.

OHCHR, “Gender Stereotyping” en *ochr.org*. Disponible en <https://www.ohchr.org/en/issues/women/wrgs/pages/genderstereotypes.aspx>

Paternotte, D. y Kuhar, R., *Anti-Gender Campaigns in Europe: Mobilizing against Equality*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2017.

Peroni, L., “Case note ECHR M.D. vs. Ireland”, *European Human Rights Cases*, 2015/108.

Peroni, L., “The Protection of Women Asylum Seekers under the European Convention on Human Rights: Unearthing the Gendered Roots of Harm”, *Human Rights Law Review*, 2018/18, p. 347-370;

- Peroni, L. and Timmer, A., “Gender Stereotyping in Domestic Violence Cases: An Analysis of the European Court of Human Rights Jurisprudence”, en Brems, E. and Timmer, A. (eds), *Stereotypes and Human Rights Law*, Intersentia, Antwerp, 2016.
- Petrova, D., “The Roma: Between a Myth and the Future”, *Social Research*, núm. 70, tomo 1, 2003, pp. 11-161.
- Sibley, C. G., AND BARLOW, F. K., “An Introduction to the Psychology of Prejudice” en Sibley, C. G. and Barlow, F. K. (eds), *The Cambridge Handbook of the Psychology of Prejudice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- Said, E., *Orientalism* [en prensa], 1978.
- Schauer, F., “Profiles, Probabilities and Stereotypes”, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2003.
- Schultz, V., “Taking Sex Discrimination Seriously”, *Denver University Law Review*, núm. 91, tomo 5, 2014, pp. 995-1119.
- Shuey, K.M. y Willson A.E., “Cumulative disadvantage and black-white disparities in life-course health trajectories.” *Research on Aging*, núm 30, tomo 2, 2008, pp. 200-25.
- Siegel, N.S. y Siegel, R.B., “Struck By Stereotype: Ruth Bader Ginsburg on Pregnancy Discrimination as Sex Discrimination”, *Duke Law Journal*, núm. 59, tomo 771, 2010, pp. 771-801.
- Sokoloff, N. J., “Expanding the Intersectional Paradigm to Better Understand Domestic Violence in Immigrant Communities”, *Critical Criminology*, 2008, pp. 1-27.
- Sosa, L., “Beyond gender equality? Anti-gender campaigns and the erosion of human rights and democracy”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, núm. 39, tomo 1, pp. 3-10, 2021.

- _____, *Intersectionality in the Human Rights Legal Framework on Violence against Women: At the Center or the Margins?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017a.
- _____, “Inter-American Case Law on Femicide: Obscuring Intersections?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 85. 2017.
- Spijkerboer, T., “Gender, Sexuality, Asylum and European Human Rights”, *Law Critique* 2018/29, p. 221-239.
- Staiano, F., *The Human Rights of Migrant Women in International and European Law*, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2016.
- Stangor, C., “The Study of Stereotyping, Prejudice and Discrimination within Social Psychology: A Quick History of Theory and Research”, en Nelson T.D. (ed.), *Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Psychology Press, Washington, 2009.
- _____, “The Study of Stereotyping, Prejudice and Discrimination within Social Psychology: A Quick History of Theory and Research”, en Nelson T.D. (ed.), *Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Psychology Press, Washington, 2009.
- _____, “Volume Overview”, en Stangor C. (ed.), *Stereotypes and Prejudice: Essential Readings*, Psychology Press, Washington, 2000.
- _____, and Schaller, M., “Stereotypes as Individual and Collective Representations”, en Stangor C. (ed.), *Stereotypes and Prejudice: Essential Readings*, Psychology Press Washington, 2000.
- Strid, S., y Verloo, M., “Intersectional complexities in gender-based violence politics” en Evans, E., and Lépinard É (eds), *Intersectionality in Feminist and Queer Movements*, Routledge, Nueva York, 2019.

Suk, J.C., “Are Gender Stereotypes Bad For Women? Rethinking Antidiscrimination Law and Work-Family Conflict”, *Columbia Law Review*, núm. 110, tomo 1, 2010, pp. 1-69.

Timmer, A., “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 63, tomo 1, 2015, pp. 239-284.

—————, “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, núm. 11, tomo 4, 2011, pp. 707-738.

Xenidis, R. and Senden, L., “EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination”, en Bernitz, U., Groussot X., Paju J., and de Vries, S. (eds), *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2020.

Young, M., “Unequal to the Task: ‘Kapp’ing the Substantive Potential of Section 15”, *Supreme Court Law Review*, núm. 50, tomo 2, 2010, p. 183.

Casos del Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)

S.F.M. vs. España, comunicación núm. 138/2018, CEDAW/C/75/D/138/2018, 2020.

S.T. vs. La Federación Rusa, comunicación núm. 65/2014, CEDAW/C/72/D/65/2014, 2019.

S.L. vs. Bulgaria, comunicación núm. 99/2016, CEDAW/C/73/D/99/2016, 2019.

Xy Y vs. Rusia, comunicación núm. 100/2016, CEDAW/C/73/D/100/2016, 2019.

R.K.B. vs. Turquía, comunicación núm. 28/2010, CEDAW/C/51/D/28/2010, 2012.

V.K. vs. Bulgaria, comunicación núm. 20/2008, CEDAW/C/49/D/20/2008, 2011.

Karen Tayag Vertido vs. Las Filipinas, comunicación núm. 18/2008, CEDAW/C/46/D/18/2008, 2010.

A.T. vs. Hungría, comunicación núm. 2/2003, CEDAW/C/32/D/2/2003, 2005.

Reportes CEDAW

Reportes de países

- CEDAW/C/BGR/CO/8, 10/03/2020
- CEDAW/C/AUT/CO/9, 30/07/2019
- CEDAW/C/COL/CO/9, 14/03/2019
- CEDAW/C/MKD/CO/6, 14/11/2018
- CEDAW/C/NPL/CO/6, 14/11/2018
- CEDAW/C/NZL/CO/8, 25/07/2018
- CEDAW/C/WSM/CO/6, 14/11/2018
- CEDAW/C/KEN/CO/8, 22/11/2017
- CEDAW/C/JPN/CO/7-8, 10/03/2016
- CEDAW/C/ECU/CO/8-9 11/03/2015
- CEDAW/C/IND/CO/4-5, 24/07/2014
- CEDAW/C/CMR/CO/4-5, 28/02/2014

Recomendaciones Generales

- CEDAW/C/GC/36, 16/11/2017
- CEDAW/C/GC/36, 16/11/2017
- CEDAW/C/GC/35, 27/07/2017
- CEDAW/C/GC/34, 4/03/2016
- CEDAW/C/GC/33, 23/07/2015
- CEDAW/C/GC/30, 1/11/2013

- CEDAW/C/GC/27, 16/12/2010
- CEDAW/C/GC/28 16/12/2010
- CEDAW/C/GC/26, 05/12/ 2008

Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Velásquez Paiz et al vs. Guatemala, Series C No. 307, 19/11/2015

Veliz Franco et al vs. Guatemala, series C No. 277, 19/05/2014

Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Series C No. 239 and No. 254, 24/02/2012.

González et al. (Campo Algodonero) vs. Mexico, Serie C No. 205, 16/11/2009

Reportes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

“Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 239, 07/08/2020.

“Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe”, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 233, 14/11/2019.

“Report on the Situation of Human Rights in the Dominican Republic”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15, 31/12/ 2015.

“Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en America”, OAS/Ser.L/V/II.rev.1 Doc 36, 12/11/2015.

Casos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (CJEU)

Ypourgos Esoterikon, Ypourgos Ethnikis Pedias kai Thriskevmaton vs. Maria-Eleni Kalliri, Caso C-409/16, 18/10/2017.

Casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

A.M. y otros vs. Rusia, petición núm. 47220/19, 06/07/2021.

Gruba y otros vs. Russia, peticiones núm. 66180/09, 30771/11, 50089/11, 22165/12, 06/07/2021.

Kurt vs. Austria, petición núm. 62903/15, 15/06/2021.

Caamaño Valle vs. España, petición núm. 43564/17, 11/05/2021.

J.L. vs. Italia, petición núm. 5671/16, 27/05/2021.

Budinova y Chaprazov vs. Bulgaria, petición núm. 12567/13, 16/02/2021.

Jurčić vs. Croacia, petición núm. 54711/15, 4/02/2021.

Honner vs. Francia, petición núm. 19511/16, 12/11/2020.

Napotnik vs. Rumania, petición núm. 33139/13, 20/10/2020.

Cînța vs. Rumania, petición núm. 3891/19, 18/02/2020.

Kocherov y Sergeyeva vs. Rusia, petición núm. 16899/13, 29/03/2019.

Ēcis vs. Letonia, petición núm. 12879/09, 10/01/2019.

Hülya Ebru Demirel vs. Turquía, petición núm. 30733/08, 19/06/2018

Bonnaud y Lecoq vs. Francia, petición núm. 6190/11, 6/02/2018.

Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal, petición núm. 17484/15, 25/07/2017.

A.P., Garçon y Nicot vs. Francia, peticiones núm. 79885/12, 52471/13, 52596/13; 06/04/2017.

Eremia vs. República de Moldavia, petición núm. 3564/11, 28/05/2017.

Khamtokhu y Aksenchik vs. Rusia, peticiones núm. 60367/08, 961/11, 24/01/2017.

Aldeguer Tomás vs. España, petición núm. 35214/09, 14/06/2016.

Biao vs. Dinamarca [GC], petición núm. 38590/10, 24/05/2016.

Emel Boyraz vs. Turquía, petición núm. 61960/08, 02/12/2014.

M.D. vs. Irlanda, petición núm. 50936/12, 16/09/2014.

Hämäläinen vs. Finlandia, petición núm. 37359/09, 16/07/2014.

Cusan et Fazzo vs. Italia, petición núm. 77/07, 07/01/2014.

E.B. y otros vs. Austria, aplicaciones núm. 31913/07, 38357/07, 48098/07, 48777/07 y 48779/07, 7/11/2013.

Mudric vs. República de Moldavia, petición núm. 74839/10, 16/07/2013.

Leventoğlu Abdülkadiroğlu vs. Turquía, petición núm. 7971/07, 28/05/2013.

García Mateos vs. España, petición núm. 38285/09, 19/02/2013.

Hulea vs. Rumania, petición núm. 33411/05, 02/10/2012.

BS vs. España, petición núm. 47159/08, 24/07/2012.

M. y otros vs. Italia y Bulgaria, petición núm. 40020/03, 31/07/2012.

Aksu vs. Turquía (GC), petición núm. 4149/04, 41029/04, 15/03/2012.

Konstantin Markin vs. Rusia [GC], petición núm. 30078/06, 22/03/2012.

Kiyutin vs. Rusia, petición núm. 2700/10, 10/03/2011.

P.C. vs. España, petición núm. 35159/09, 30/11/2010.

P.B. y J.S. vs. Austria, petición núm. 18984/02, 22/07/2010.

Alajos Kiss vs. Hungría, petición núm. 38832/06, 25/05/2010.

Carson y otros vs. Reino Unido [GC], petición núm. 42184/05, 16/03/2010.

Rantsev vs. Chipre y Rusia, petición núm. 25965/04, 07/01/2010.

Oliari y otros vs. Italia, aplicaciones núm. 18766/11 and 36030/11, 21/07/2015
185, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198; 09/06/2009.

Burden vs. Reino Unido [GC], petición núm. 13378/05, 29/04/2008.

EB vs. Francia (GC), petición núm. 43546/02, 22/01/2008.

Sampanis y otros vs. Grecia, petición núm. 32526/05, 05/06/2008.

D.H. y otros vs. República Checa [GC], petición núm. 57325/00, 13/11/2007.

L. vs. Lituania, petición núm. 27527/03, 11/09/2007.

Parry vs. Reino Unido, petición núm. 42971/05, 28/11/2006.

Bălșan, petición núm. 1993/02, 18/07/2006.

Grant vs. Reino Unido, petición núm. 32570/03, 23/05/2006.

H.G. y G.B. vs. Austria, aplicaciones núm. 11084/02,15306/02, 2/06/2005.

R. H. vs. Austria, aplicación núm. 7336/03, 19/01/2006.

Ladner vs. Austria, aplicación núm. 18297/03, 3/02/2005.

Hoogendijk vs. Holanda, petición núm. 58641/00, 6/01/2005.

L. y C. vs. Austria, aplicaciones núm. 39392/98 and 39829/98, 09/01/2003.

Christine Goodwin vs. Reino Unido, petición núm. 28957/95, 11/07/2002.

I. vs. Reino Unido, petición núm. 25680/94, 11/07/2002.

Fretté vs. Francia, petición núm. 36515/97, 26/02/2002.

Hugh Jordan vs. Reino Unido [GC], petición núm. 24746/94, 04/05/2001.

Mata Estevez vs. España, petición núm. 56501/00, 10/05/2001.

ADT vs. Reino Unido, aplicaciones núm. 35765/97, 31/07/2000.

Lustig-Prean y Beckett vs. Reino Unido, aplicaciones núm. 31417/96 and 32377/96, 25/07/2000.

Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal, petición núm. 33290/96, 21/12/1999.

Petrovic vs. Austria petición núm. 20458/92, 27/03/1998.

Karlheinz Schmidt vs. Alemania, petición núm. 13580/88, 18/07/1994.

Modinos vs. Chipre, aplicación núm. 15070/89, 22/04/1993.

Cossey vs. Reino Unido, petición núm. 10843/84, 27/09/1990.

Norris e Irlanda, aplicación núm. 10581/83, 26/10/1988.

Rees vs. Reino Unido, petición núm. 9532/81, 17/10/1986.

Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido, peticiones núm. 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28/05/1985.

Dudgeon vs. Reino Unido, aplicación núm. 7525/76, 22/10/1981.

Marckx vs. Bélgica, petición núm. 6833/74, 13/06/1979.

**La generalidad y la diferenciación
del derecho, con especial atención
a los estereotipos y su uso***

Frederick Schauer**

* Traducción de Bruno Rusca.

** David and Mary Harrison Distinguished Professor of Law, University of Virginia, Estados Unidos.

La generalidad y la diferenciación del derecho, con especial atención a los estereotipos y su uso. I. Introducción; II. El rol de las reglas en el derecho; III. Sobre dar razones; IV. El alcance del precedente; V. Generalidad y relevancia probatoria; VI. La inevitabilidad del uso de estereotipos; VII. Conclusión.

I. Introducción

A primera vista, el derecho parece conferir mucha importancia a la *singularidad*. Los tribunales penales se interesan por averiguar si *este* acusado cometió *este* delito. Y si un tribunal penal determina que este acusado cometió este delito, el venerable adagio de asegurar que el castigo se ajuste al delito cometido destaca la singularidad de la sentencia, y por lo tanto la necesidad —o al menos la conveniencia— de que el castigo se adapte precisamente a este acusado, a este delito y a estas circunstancias. Del mismo modo, se suele decir que en el procedimiento civil el objetivo es hacer justicia entre las partes. En los sistemas jurídicos del *common law*, este objetivo a menudo se materializa en el sistema de *equity*, en el que la particularidad de la solución es la idea predominante, de manera tal que la *equity* existe —históricamente y, en cierta medida, aún en la actualidad— como un modo de corregir los errores que podrían cometerse al aplicar leyes generales que son insensibles a las circunstancias particulares de los acontecimientos concretos.¹ De hecho, Aristóteles, en cierto modo el fundador de la idea misma de equidad tal y como se institucionalizó posteriormente en muchos

¹ V. Martin, *Hanbury & Martin, Modern Equity*; Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence as Administered in England and America*; Solum, “Equity and the Rule of Law”, en *The Rule of Law*, pp. 120-147.

sistemas jurídicos, la describió como la “rectificación de la ley en la medida en que esta es defectuosa a causa de su generalidad”.² E incluso fuera del *common law*, sistemas jurídicos de toda clase han destacado, al menos desde Aristóteles, la importancia de determinar el resultado correcto para los actos particulares cometidos por individuos particulares.³

Sin embargo, a pesar de todo lo que se dice sobre la atención a la singularidad, numerosos aspectos de los sistemas jurídicos actuales se caracterizan más por la generalidad que por la singularidad. Más importante aún, la generalidad —pensar y decidir con arreglo a categorías más amplias y no conforme a actos y eventos definidos de manera estricta—⁴ es especialmente importante para entender y explicar la *diferenciación* del derecho.⁵ Los sistemas jurídicos comparten muchas características con otras formas de organización social y de toma de decisiones, y nadie puede afirmar de manera sensata que el derecho sea tan diferente de otras instituciones de control social y toma de decisiones como las matemáticas lo son de la literatura, o como el idioma estonio lo es del chino mandarín. No obstante, aunque el derecho en algunos aspectos es similar a otras instituciones de toma de decisiones y control social, en otros aspectos es diferente, y la tarea de diferenciación es la tarea de tratar de determinar qué es, si es que hay algo, lo que hace que el derecho sea diferente de la moral, de la política, de las políticas públicas y de casi todo lo demás. Y cuando llevamos a cabo esta tarea, descubrimos que no es la singularidad sino, más bien, la generalidad lo que mejor explica la diferenciación del derecho. Las instituciones y los métodos del derecho no son los únicos que recurren a la generalidad, pero la generalidad en la toma de decisiones es mucho más prevalente y defendida en el derecho que en cualquier otro ámbito, por lo que es uno de los factores —y quizás el factor más importante— que verdaderamente explica la diferenciación del derecho. O, en todo caso, eso es lo que argumentaré aquí. Y para ello me basaré en una serie de casos en los que lo

² Aristóteles, *Nicomachean Ethics*, 1137b.

³ V. recientemente, Ben-Shahar y Porat, *Personalized Law: Different Rules for Different*.

⁴ Sobre diversos aspectos de la toma de decisiones por generalidad o generalización, V. Schauer, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*.

⁵ Sobre lo que significa la diferenciación del derecho, y sobre las diversas formas posibles de diferenciar el derecho de otras instituciones sociales y de toma de decisiones, V. Schauer, *The Force of Law*, capítulo 11.

que hace el derecho, y cómo lo hace, depende más de la generalidad de lo que veríamos en otros lugares.

II. El rol de las reglas en el derecho

Aunque, como es bien sabido, los teóricos del derecho Lon Fuller y H. L. Hart disientían prácticamente en todo,⁶ estaban de acuerdo en que el derecho consistía fundamentalmente en reglas.⁷ Para Fuller, una tarea esencial del derecho —y quizás la tarea esencial— era “someter la conducta humana al dominio de las reglas”. Y Hart construyó de manera aún más generalizada toda su concepción positivista del derecho sobre la idea de una regla, aun cuando subrayó, especialmente, que las reglas jurídicas son de múltiples clases.⁸ Además, y como destacaron tanto Fuller como Hart, entre muchos otros, la toma de decisiones y el gobierno con base en reglas es lo que distingue al derecho de otras formas de control social, y lo que distingue a los sistemas jurídicos avanzados de los que se encuentran en una fase de desarrollo mucho más incipiente.⁹

Es central a la idea de regla que esta sea general. Aunque un agente de policía puede decirle a un individuo determinado, en un lugar determinado y en un momento determinado, que “retroceda” o “se aparte” o, simplemente, que “se detenga”, las reglas son, por definición, más generales.¹⁰ El típico límite de velocidad de las autopistas, por ejemplo, abarca cierto tramo de la carretera y no solo un punto concreto. Se aplica en todo momento, y no solo en un momento. Y, lo que es más importante, se aplica a todos los conductores —los cualificados y los no

⁶ V. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, pp. 630-672; y Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, pp. 593-629.

⁷ V. Fuller, *The Morality of Law*, p. 46.

⁸ V. Hart, *The Concept of Law*.

⁹ V. Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*; Dupret et al., *Legal Rules in Practice: In the Midst of Law's Life*; Schauer, *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*; Williams, “The Role of Rules: Legal Maxims in Early-modern Common Law Principle and Practice”, en *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue*, pp. 188-205.

¹⁰ Schauer, *op. cit.*, pp. 16-37. V. también Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, quien distinguió las órdenes generales de las particulares, y utilizó la palabra *mandato* para designar las primeras.

cualificados, los experimentados y los inexpertos— y a todos los vehículos —los que son seguros a altas velocidades y los que decididamente no lo son—. ¹¹ Y así, aunque los padres de varios niños puedan adecuar sus instrucciones a las características y necesidades particulares del niño en cuestión, los límites de velocidad evitan necesariamente esto. Lo mismo ocurre con algunos profesores, que pueden impartir ocasionalmente una enseñanza particularizada basada en los estilos de aprendizaje y las necesidades de determinados alumnos, pero que normalmente dictan y hacen cumplir normas generales aplicables a todos sus alumnos durante todo el horario escolar y a una gran variedad de comportamientos. En este sentido, las reglas son necesariamente generales, y esta generalidad es lo que distingue el gobierno y la toma de decisiones con base en reglas de aquellas formas de gobierno y toma de decisiones que se centran, quizás incluso exclusivamente, en las características particulares de agentes particulares y comportamientos particulares. ¹² Y así, en la medida en que el propio derecho es más un asunto de reglas que otros aspectos de gobierno y otras formas de toma de decisiones, entonces la generalidad de las reglas es una dimensión importante de la generalidad del propio derecho.

Las normas no solo son generales, sino que también son generalizaciones y se basan en generalizaciones. Consideremos de nuevo el típico límite de velocidad en la carretera. Aunque, como se acaba de señalar, un límite de velocidad es general en el sentido de que se aplica a una multiplicidad de lugares, conductores, vehículos y ocasiones, también se basa en una generalización, en el sentido de que el límite de velocidad está basado en una evaluación de cuál es la velocidad máxima adecuada para la mayoría de los conductores, en la mayoría de los vehículos y en la mayoría de las condiciones. Del mismo modo, cuando los países o sus subdivisiones políticas deciden que las personas no pueden votar o casarse o beber alcohol u ocupar determinados cargos públicos sino hasta que hayan

¹¹ Hay, por supuesto, lugares en los que el límite de velocidad es diferente para los camiones grandes y, por ejemplo, para los coches, pero esa subdivisión no debería ocultar el hecho de que todavía hay un límite de velocidad para *todos* los camiones, o para *todos* los coches. Y lo mismo ocurre cuando un límite de velocidad puede ser más bajo, por ejemplo, por la noche, porque ese límite de velocidad aún se aplica a todos los conductores de todos los automóviles durante todas las horas nocturnas.

¹² Sobre este enfoque de la moral y la toma de decisiones morales, V. Dancy, *Moral Reasons*; Hooker y Little, *Moral Particularism*. V. también Ben-Shahar y Porat, *op. cit.*

alcanzado una determinada edad, esos países o subdivisiones políticas fundamentan dicha regla en una generalización sobre todas las personas por encima y por debajo de una determinada edad, incluso si esa generalización resulta ser errónea —posiblemente sobreinclusiva y subinclusiva— con respecto a algunos miembros de las clases de personas que están por encima y por debajo de la edad designada.¹³ Y dado que las generalizaciones en las que se fundan las reglas pueden ser erróneas en casos concretos, los sistemas basados en reglas —el derecho, sobre todo— aceptan que estas produzcan decisiones erróneas en algunos casos. Sin embargo, el derecho se caracteriza por aceptar de buen grado esas decisiones erróneas. El agente de policía que detiene a un conductor por exceder el límite de velocidad no está interesado en oír hablar del largo historial de conducción segura de este conductor, ni de las condiciones de tráfico o meteorológicas especialmente buenas en ese momento, por muy ciertos que sean esos hechos. La regla es la regla, y aunque el derecho suele ofrecer algunas vías para eludir la regla en algunos casos —la cuestión de la derrotabilidad—, ningún sistema jurídico permite habitualmente que todas sus reglas sean derrotables en todas las circunstancias. Los sistemas jurídicos confían en la generalidad de las reglas, y creen que tienen buenas razones para hacerlo.

III. Sobre dar razones

Una característica común de las sentencias judiciales es que van acompañadas de la motivación de la decisión. Aunque las decisiones jurídicas suelen tener fuerza de ley por el mero hecho de haber sido emitidas y, por tanto, tienen un efecto

¹³ O consideremos el requisito, tanto en México como en Estados Unidos, de que solo las personas nacidas en el país son elegibles para ocupar ciertos cargos públicos. Si se asume, plausiblemente, que el lugar de nacimiento es un indicador estadísticamente sólido —un *indicador indirecto*— del grado de vinculación con un país, o del grado de conocimiento del país o del grado de lealtad al país, el uso de este indicador indirecto probablemente incluirá a algunas personas que no deberían estar incluidas —sobreinclusión— y excluirá a algunas personas que no deberían estar excluidas —subinclusión—. Con todo, la aplicación precisa y directa de la justificación subyacente no es frecuente, y esta es una de las razones por las que tenemos reglas en primer lugar. Los límites de velocidad en las autopistas, por ejemplo, están diseñados para servir a la justificación de exigir una conducción cuidadosa o segura, pero un requisito de conducir con cuidado y seguridad, y no un requisito de conducir por debajo de una determinada velocidad establecida, es probable que en la práctica sea tan incierto e impredecible que resulte impracticable. V. Sunstein y King, “Doing Without Speed Limits”, en *Boston University Law Review*, pp. 155-191.

vinculante e independiente del contenido de las razones de la decisión, la mayoría de los sistemas jurídicos exige que los jueces, especialmente los de apelación, motiven sus decisiones. La justificación de la sentencia es la forma canónica de la motivación jurídica, pero la motivación es común y necesaria en muchos otros ámbitos del derecho, y de una forma que suele ser mucho menos común en otras instituciones sociales.¹⁴ En algunos países, la promulgación de las leyes no suele ir acompañada de la expresión de razones, y lo mismo ocurre con las órdenes de los agentes de policía, los sargentos y muchos otros. Por lo tanto, la exigencia legal habitual de motivación contrasta con la práctica corriente, fuera del sistema jurídico, de no exigir a los responsables de la toma de decisiones que den razones de ellas. Ciertamente, la exigencia de motivación existe a menudo fuera del sistema jurídico, y muchas decisiones dentro de este —las resoluciones sobre la admisibilidad de las pruebas en un juicio, por ejemplo— no están acompañadas de la expresión de razones, pero el derecho se diferencia, al menos en cierta medida, por el hecho de que la exigencia de motivación es más común y formal en los entornos jurídicos que en otros ámbitos.

Un rasgo importante de una razón que se ofrece como justificación de una decisión es que la razón, por sus condiciones, se aplica ordinariamente a una serie de actos distintos y más amplios que el acto o la decisión concreta que la razón motiva.¹⁵ Si yo llevo un paraguas y me preguntan por qué lo hago, especialmente en un día despejado, puedo responder que hay pronóstico de lluvia para más tarde. Al dar esta respuesta —al dar esta razón de mi comportamiento— afirmo implícitamente que llevo un paraguas siempre que hay pronóstico de lluvia. La razón no se refiere solo al presente, sino a todos los días similares, es decir, los

¹⁴ La bibliografía es extensa, e incluye a Cohen, “Reason-Giving in Court Practice: Decision-Makers at the Crossroads”, en *Columbia Journal of European Law*, pp. 257-276; Deeks, “Secret Reason-Giving”, en *Yale Law Journal*, pp. 612-689; Effron, “Reason-Giving and Rule-Making in Procedural Law”, en *Alabama Law Review*, pp. 683-733; Kochan, “Reason-Giving, Rulemaking, and the Rule of Law”, en *University of Missouri-Kansas City Law Review*, pp. 525-548; Staszewski, “Reason-Giving and Accountability”, en *Minnesota Law Review*, pp. 1253-1326. Las decisiones judiciales estadounidenses que explican y aplican un requisito de motivación incluyen *Goldberg vs. Kelly*, 397 U.S. 254; *Wolff vs. McDonnell*, 418 U.S. 539; *Miller vs. Florida*, 482 U.S. 423; *Hargett vs. Commissioner of Social Security*, 964 F3d 546, 6º Cir.; *Cole vs. Astrue*, 661 F3d 931, 6º Cir.

¹⁵ Este es el tema principal de Schauer, “Giving Reasons”, en *Stanford Law Review*, pp. 633-659.

días en los que hay pronóstico de lluvia. Si mi interlocutor me encontrara en otros días con un pronóstico similar, pero sin paraguas, yo tendría la carga de dar una explicación, precisamente porque, y solo porque, la razón que yo había dado anteriormente abarcaba otros momentos y otras circunstancias, siempre que esos otros momentos y circunstancias fueran relevantes y similares a los que, desde un comienzo, dieron lugar a la motivación. Las razones son, por tanto, más generales que los actos o conclusiones que ellas motivan, y en la medida en que la motivación, especialmente la formal —y típicamente escrita—, está más extendida en el sistema jurídico que en otros ámbitos, como se ha señalado anteriormente, la práctica de dar razones proporciona otro ejemplo de la manera en que la generalidad es una de las modalidades características y distintivas del sistema jurídico.

De hecho, lo mismo puede decirse de la idea misma de la llamada toma de decisiones basada en principios. Como es sabido, Ronald Dworkin, al caracterizar el derecho como el “foro de los principios”, distinguió *principios* de *policies*, y argumentó que la toma de decisiones jurídicas requería decidir con arreglo a principios, y que la toma de decisiones basada en principios imponía un requisito de consistencia entre actos, eventos o casos similares que la toma de decisiones con arreglo a *policies* no exigía.¹⁶ Y, así, la motivación es posiblemente un subconjunto de un requisito en el derecho —aunque menos común en otros ámbitos— de consistencia o, incluso más fuerte, de coherencia, entre una serie de elementos que, en algunos aspectos, son similares, pero también, en otros aspectos, diferentes. En derecho, especialmente, parece que requerimos decisiones sobre la base de categorías —generalización— y no del todo en función de las características únicas de eventos únicos.

IV. El alcance del precedente

Tradicionalmente en los sistemas del *common law*, y cada vez más en el mundo del derecho continental europeo, se entiende que las decisiones judiciales están

¹⁶ V. Dworkin, *Law's Empire*. Sobre la toma de decisiones basada en principios, en tanto requiere la adhesión a razones previamente establecidas, como se discute en el texto, V. Martin Golding, “Principled Decision-Making and the Supreme Court”, en *Columbia Law Review*, pp. 35-58; Greenawalt, “The Enduring Significance of Neutral Principles”, en *Columbia Law Review*, pp. 982-1021.

condicionadas por los precedentes.¹⁷ A veces este condicionamiento es vertical, en el sentido de que se espera que los jueces¹⁸ sigan las decisiones de los jueces que están por encima de ellos en la jerarquía judicial. Y otras veces los condicionamientos se podrían considerar como de tipo horizontal, en el sentido de que se espera que los jueces sigan las decisiones anteriores del mismo tribunal, incluso si la prioridad de ese tribunal proviene solo de haber tomado una decisión anterior, y no debido a una posición superior en la jerarquía judicial.¹⁹ Este último condicionamiento, típicamente descrito como *stare decisis* en los sistemas de derecho anglosajón,²⁰ establece simplemente que las decisiones pasadas deben seguirse por el mero hecho de su existencia.

Este no es el lugar para evaluar o incluso ofrecer todas las justificaciones que se han propuesto a lo largo del tiempo para un sistema de precedentes, ya sea vertical u horizontal. Pero una justificación es especialmente relevante, y es la del valor de la previsibilidad y, por tanto, de la consistencia por la consistencia misma.²¹ Y en la medida en que un sistema de precedentes sirve a este valor, necesariamente decide los casos en conjunto y no individualmente. Un sistema de condicionamiento basado en precedentes es un sistema en el que cada decisión es necesariamente una decisión sobre múltiples actos y, por tanto, tiene un carácter

¹⁷ Para una visión general, V. Alexander y Sherwin, *op. cit.*; Cross y Harris, *Precedent in English Law*; Goldstein, *Precedent in Law*; Lamond, "Precedent and Analogy in Legal Reasoning", en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/legal-ras-prec>; y Schauer, "Precedent", en *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, pp. 123-136.

¹⁸ N. del corrector: en esta sección IV del capítulo se utiliza, como ahora, el género gramatical masculino, en plural (es decir, "los jueces"), de forma no marcada para referirse a quienes se desempeñan como personas juezas, independientemente de su género o sexo; en los siguientes tres párrafos, en cambio, se utiliza solo el masculino singular ("el juez", "un juez"). Queremos aclarar que este género gramatical masculino, aunque sea singular, se usa aquí con la misma intención no marcada o neutra. Pese a que el singular masculino no tiene, prescriptivamente hablando, un uso neutro, preferimos no modificar la redacción del texto para conservar la fidelidad al trabajo de traducción.

¹⁹ V. Alexander, "Constrained by Precedent", *Southern California Law Review*, pp. 1-64. V. también Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, pp. 36-60.

²⁰ V. Peters, *Precedent in the United States Supreme Court*; Wise, "The Doctrine of Stare Decisis", *Wayne Law Review*, pp. 1043-1060.

²¹ Como es sabido, el juez Louis D. Brandeis del Tribunal Supremo de Estados Unidos señaló que "en la mayoría de los casos es más importante que la regla jurídica aplicable al caso esté establecida a que lo esté de manera correcta". *V. Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (Brandeis, J., dissenting). V. también Kozel, *Settled Versus Right: A Theory of Precedent*; y Schauer, "Precedent", en *Stanford Law Review*, pp. 571-605.

intrínsecamente general. Un juez que sigue un precedente solo por su estatus de precedente participa en un sistema en el que las decisiones no solo se refieren al caso actual, el caso que tiene ante sí el juez, sino también a la clase de casos similares a los que pertenece el caso actual. De hecho, esto es especialmente obvio no respecto de la decisión de un juez que sigue un precedente, sino del juez que entiende que la decisión que toma en el caso actual es ahora una decisión que obligará a los futuros jueces en casos futuros. El juez que sigue los precedentes se atiene a una decisión pasada, y se une así a un sistema en el que los precedentes se refieren a múltiples casos. Pero ese juez también toma la decisión que no solo optimiza el caso que tiene ante sí, sino que también optimiza toda la serie de casos para los que la decisión actual será un precedente.²² Por lo tanto, al igual que con una norma de motivación, una norma de precedente ordena al juez tomar una decisión no solo para el caso actual, sino también para toda la clase de casos futuros para los que la decisión actual será un precedente. En un sistema de precedentes, se espera que el juez tome la decisión que produzca el resultado agregado óptimo para una categoría de casos, incluso si esa decisión es de hecho subóptima para el caso actual.

Como debería resultar evidente, un régimen de precedentes es otro ejemplo de la generalidad del derecho. El juez —o cualquier otro decisor sometido a un sistema de precedentes— debe centrarse no solo en el caso *actual*, sino también en los casos anteriores que *condicionarán* su decisión, y también en los casos futuros que su decisión condicionará. Por lo tanto, el juez está considerando no solo el caso actual en toda su “actualidad”, sino, más bien, un conjunto de casos. Así como la creación de normas jurídicas implica la toma de una decisión para un grupo de actos, también la creación o el seguimiento de un precedente implica, aunque de forma menos evidente, operar dentro de un sistema que se refiere a un grupo de eventos, y no simplemente a un evento aislado.

²² De hecho, la preocupación habitual sobre el llamado precedente peligroso es la preocupación de que una decisión que podría ser óptima para el caso *actual* podría producir una decisión menos que óptima en casos futuros. Y así, en la medida en que la preocupación por el precedente peligroso esté en algún caso justificada, el juez de tales casos tomará una decisión subóptima para el caso actual con el fin de lograr una optimización en el conjunto de casos futuros que tomarán el resultado del caso actual como un precedente a seguir.

V. Generalidad y relevancia probatoria

Los sistemas jurídicos varían considerablemente en cuanto al tratamiento de cuestiones de evidencia y de prueba. Los sistemas del *common law* han tendido históricamente a depender en gran medida de las reglas de exclusión probatoria, quizás porque también han confiado en gran medida en los jurados para hacer las determinaciones de los hechos que conducen a las sentencias, mientras que, al mismo tiempo, y quizás irónicamente, desconfían de los jurados para evaluar las pruebas sin distorsión o sesgo.²³ Por el contrario, los sistemas de derecho de tradición continental-europea, aunque no están totalmente comprometidos con un sistema de prueba libre en el que no hay reglas de exclusión, están, sin embargo, típicamente más cerca de la idea de la prueba libre, permitiendo que se tengan en cuenta todas las pruebas relevantes, y dejando a los jueces que determinen cuánto peso debe darse a cada elemento de prueba relevante en particular.²⁴

Sin embargo, a pesar de estas variaciones entre sistemas, cualquier sistema probatorio requiere una determinación inicial de la relevancia de algún hecho en particular. Cuando Carol, que es camionera en Nueva York, resulta acusada de asesinar a James por dispararle con una escopeta de caza, el hecho de que los dentistas en California tengan altos ingresos es irrelevante, y esto es así, aunque ello constituya realmente un hecho. O, de forma más realista, considere un caso en el que el acusado en una causa por robo a un banco fue observado por un testigo cuando salía corriendo del banco llevando una bolsa. El testigo no vio realmente al acusado robar el banco, pero lo que vio es relevante, y será aceptado como prueba contra el acusado. Y su relevancia radica en que tiene como premisa una generalización. La gente que sale corriendo de los bancos con bolsas suele ser, lo sabemos por experiencia, gente que ha robado el banco, y la relevancia de la observación del testigo presupone la generalización que hace que la observación sea relevante para lo que nos importa.²⁵ Si el testigo solo hubiera observado al

²³ V. Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*.

²⁴ V. Damaska, *Evidence Law Adrift*.

²⁵ V. James, "Relevancy, Probability, and the Law", en *California Law Review*, pp. 689-705; quien, correctamente, en la p. 697, señala: "[p]roof must be based upon a generalization connecting the evidentiary

acusado vistiendo un abrigo marrón, y si no hubiera otros testigos que observaran la vestimenta del asaltante, la observación del abrigo marrón por parte del testigo no sería relevante, y ello porque las personas con abrigos marrones no son más propensas a ser asaltantes de bancos que las personas en general, aunque no diríamos eso de las personas que salen corriendo de los bancos con bolsas.

Un ejemplo no jurídico aclarará aún más la cuestión. Supongamos que quiero comprar un coche confiable y seguro. Investigo un poco y descubro que algunas de las guías publicadas sobre coches —*Consumer Reports*, en Estados Unidos— dicen que los Subaru son seguros y confiables. Por supuesto que, no obstante, ninguno de los autores de las guías ha visto el coche exacto que estoy pensando en comprar. Más bien, ellos informan de una generalización sobre los Subaru. Y, por tanto, la “subaridad” del coche que estoy pensando en comprar es relevante para la cuestión de su seguridad y confiabilidad porque, y solo porque, debido a la generalización, el hecho de que el coche sea un Subaru hace más probable que sea seguro y confiable en comparación con un coche seleccionado al azar. La mayoría de los Subaru son confiables, este coche es un Subaru, por lo tanto, este coche es probablemente confiable.

Y ahora pasemos de los coches a las personas. Supongamos que alguien es acusado de robo de datos financieros personales de la cuenta de la víctima. El fiscal ofrece como prueba el hecho de que el acusado tiene una maestría en ingeniería informática. ¿Es esto relevante? Sin dudar, la mayoría de la gente diría que sí. Y esto es así porque se atribuye al acusado haber cometido un delito que requiere conocimientos especializados, y las pruebas propuestas se ofrecen para demostrar que el acusado tiene esos conocimientos. Sin embargo, la prueba es relevante debido a la generalización de que las personas con ese grado de formación en ingeniería informática tienen más probabilidades de poseer esos conocimientos que las personas seleccionadas al azar. Se trata de una generalización sobre las

proposition with the proposition to be proved”. Al subrayar la idea de generalización, James deja claro que la inferencia probatoria es inductiva y no deductiva, y por tanto, probabilística. Así, la forma de inferencia es que la mayoría de los A son X, B es un A, y por lo tanto, B es probablemente X. Sobre las inferencias de este tipo, y cómo son necesariamente “riesgosas”, V. Hacking, *An Introduction to Probability and Inductive Logic*, especialmente pp. 11-22.

personas con formación informática avanzada, pero la generalización apoya una inferencia probatoria de que ese individuo en particular con esa formación tiene esos conocimientos. La mayoría de las personas con una maestría en informática tienen los conocimientos necesarios para realizar piratería informática, este acusado tiene un máster en informática, por lo que probablemente tenga los conocimientos necesarios para realizar piratería informática.

Así, un elemento esencial de la prueba en el derecho —la determinación inicial de la relevancia probatoria— se basa inevitablemente en la idea de una generalización probabilística. La relevancia probatoria se fundamenta en afirmaciones que son verdaderas sobre algún conjunto de actos, eventos, etcétera, aunque esas afirmaciones no sean verdaderas para todos los miembros del conjunto.²⁶ Y una vez que vemos esto, vemos, incluso más claramente que con respecto a los ejemplos anteriores, que la toma de decisiones jurídicas está inevitablemente comprometida con la toma de decisiones a partir de datos relativos al grupo, y especialmente con la idea de que es tanto permisible como deseable extraer inferencias sobre los individuos y el comportamiento individual a partir de datos relativos al grupo —o a la población, como dicen los estadísticos—. Esta conclusión desemboca naturalmente en la cuestión de los estereotipos, que es también la práctica de extraer conclusiones sobre los individuos a partir de datos relativos al grupo, y es a esto a lo que nos referiremos ahora.

²⁶ Un programa filosófico creciente y estrechamente relacionado es el análisis de *genéricos*. Los genéricos son descripciones basadas en grupos, y estas descripciones se entienden de manera común como lingüísticamente legítimas, incluso si no son exactas para cada miembro del grupo, y, de hecho, incluso si son exactas solo para un pequeño número de miembros del grupo, siempre que ese pequeño número pueda ser mayor que algún grupo de comparación relevante. Así, es correcto afirmar que los solteros son hombres no casados, porque eso es universalmente verdadero por definición, que los Volvos son confiables, porque la mayoría de los Volvos son confiables, y que los mosquitos causan enfermedades, ya que, aunque la mayoría de los mosquitos no causa enfermedades, causan enfermedades en mayor proporción que otros insectos. De forma similar, y más políticamente controvertido en algunos círculos, es correcto afirmar que los perros *pitbull* son peligrosos, no porque todos o incluso la mayoría lo sean, lo cual es falso, sino porque los *pitbulls* son peligrosos en un mayor porcentaje que otras razas de perros, y en un mayor porcentaje que los perros en general, lo cual es cierto. Sobre el ejemplo del *pitbull*, V. Schauer, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, pp. 55-78. Y sobre genéricos, V. especialmente el trabajo de Leslie, incluyendo “Generics Oversimplified”, en *Noûs*, pp. 28-54; “Generics: Cognition and Acquisition”, en *Philosophical Review*, pp. 1-47; y Leslie y Lerner, “Generics and Generalization”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <http://www.plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/generics/>. V. también Nickel, *Between Logic and the World: An Integrated Theory of Generics*; y Cohen, “Generics and Mental Representation”, en *Linguistics and Philosophy*, pp. 529-556.

VI. La inevitabilidad del uso de estereotipos

La discusión anterior sobre la relevancia probatoria nos lleva naturalmente al muy controvertido tema de los estereotipos. A menudo se condena a los estereotipos, y se desprecia con razón a quienes estereotipan a las mujeres como menos capaces en matemáticas, o a las personas de origen africano como menos inteligentes, o a las personas judías como menos honestas en cuanto al dinero, o al pueblo gitano como menos honesto en general, etcétera. Pero los estereotipos son generalizaciones, y una tarea importante es entender por qué desconfiamos tan a menudo de las generalizaciones en forma de estereotipos cuando, al mismo tiempo —como se ha puesto de manifiesto en las secciones anteriores— aceptamos igualmente a menudo las generalizaciones en todo el sistema jurídico y, de hecho, en gran parte de nuestros procesos de razonamiento. Como acabamos de ver, incluso determinaciones rutinarias de relevancia probatoria se basan en generalizaciones —estereotipos—. El hecho de que este poseedor de formación informática tuviera un determinado tipo de conocimiento que posee la mayoría de las personas con esa formación es un estereotipo, aunque pocos se opondrían al uso de estereotipos en este contexto y para este propósito probatorio. Y si eso es así, ¿cómo podemos aceptar tan fácilmente los estereotipos en un contexto mientras los condenamos con la misma facilidad en otros? ¿Por qué aceptamos lo genérico y la generalización por intermedio del derecho y de nuestras prácticas cotidianas —y del lenguaje—, mientras que a menudo condenamos el uso de estereotipos y, en la actualidad, los algoritmos, que no solo se basan en estereotipos, sino que esencialmente hacen operativos los estereotipos mediante el uso de ordenadores, y los llamados *big data*?²⁷

Al considerar el uso, el mal uso y el no uso de estereotipos, deberíamos, en primer lugar, dejar de lado aquellos estereotipos, desgraciadamente demasiado

²⁷ Sobre el uso cada vez más frecuente de algoritmos y la cada vez más frecuente reprobación de su uso, V para un planteamiento equilibrado, Engstrom y Ho, “Algorithmic Accountability in the Administrative State”, *Yale Journal on Regulation*, pp. 800-854; Kim, “Auditing Algorithms for Discrimination”, en *University of Pennsylvania Law Review Online*, pp. 189-203; Nachbar, “Algorithmic Fairness, Algorithmic Discrimination”, en *Florida State University Law Review*, pp. 509-558.

comunes, que no tienen ninguna base estadística. En el siglo XIX, cuando la pseudociencia de la frenología estaba ampliamente aceptada, la gente creía que las personas con cabezas de cierta forma o con protuberancias o depresiones en determinados lugares del cráneo poseían ciertas características de personalidad y tendencias de comportamiento.²⁸ Se pensaba que la forma de la cabeza y la superficie del cráneo eran estadísticamente indicativos de la personalidad y el comportamiento. Hace tiempo que se rechazó la frenología por carecer de toda base científica,²⁹ y ahora no conserva nada de la respetabilidad cultural de la que gozaba en el siglo XIX. Pero no se puede decir lo mismo de la astrología. Decenas de millones de personas, tal vez incluso más, siguen creyendo en la astrología, por lo que consideran que la fecha de nacimiento de una persona y la ubicación de las estrellas y los planetas en el momento de su nacimiento son indicadores de su personalidad, sus características de comportamiento y mucho más. Empero, al igual que la frenología, la astrología ha demostrado, a pesar de la persistencia de innumerables creyentes, no tener ninguna base científica.³⁰ Así, los estereotipos de que los capricornio son ambiciosos y trabajadores y de que los libra son encantadores y simpáticos, por citar dos de las afirmaciones astrológicas más comunes, son correctamente rechazados por ser estadísticamente espurios. No es más probable que los capricornio sean ambiciosos y trabajadores en comparación con los demás, como tampoco es más probable que los libra sean encantadores y simpáticos en comparación con los demás. Por supuesto, hay capricornio ambiciosos y libra encantadores, pero estos y otros rasgos de personalidad y comportamiento resultan estar distribuidos aleatoriamente en función del mes de nacimiento, y las afirmaciones en sentido contrario, afirmaciones que pueden entenderse como estereotipos, carecen sencillamente de fundamento, a pesar de la creencia generalizada en su fiabilidad.

²⁸ Para abordajes históricos exhaustivos, V. Cooter, *The Cultural Meaning of Popular Science: Phrenology and the Organization of Consent in Nineteenth-Century Britain*; y Van Wyhe, *Phrenology and the Origins of Victorian Scientific Naturalism*.

²⁹ Para una demostración metodológicamente rigurosa de la completa falsedad de las principales afirmaciones de la frenología, V. Parker Jones *et al.*, "An Empirical, 21st Century Evaluation of Phrenology", en *Cortex*, pp. 26-35.

³⁰ V. Boxer, *A Scheme of Heaven: The History of Astrology and the Search for Our Destiny*; Crowe, "Astrology and the Scientific Method", en *Psychological Reports*, pp. 163-191; Narlikar *et al.*, "A Statistical Test of Astrology", en *Current Science*, pp. 641-643; y Tyson, "An Empirical Test of the Astrological Theory of Personality", en *Personality and Individual Differences*, pp. 247-250.

Hay otros estereotipos estadísticamente falsos —espurios— que son mucho más perniciosos. Durante generaciones, la gente ha creído, por ejemplo, que los hombres homosexuales carecen de valentía física, pero no hay más pruebas de que los hombres homosexuales, como clase, tengan menos valentía física que los hombres heterosexuales que las de que los capricornio son ambiciosos y los libra, encantadores. Los franceses creyeron durante mucho tiempo que las mujeres eran menos talentosas como chefs que los hombres, pero, de nuevo, no hay ninguna prueba de que esto sea cierto como cuestión estadística. Por supuesto que hay mujeres sin talento para la alta cocina, pero no hay pruebas de que esa falta de talento esté intrínsecamente más localizada en las mujeres que en los hombres. Y lo mismo puede decirse de muchos otros estereotipos en los que se ha creído durante mucho tiempo y que resultan ser simplemente falsos. No es que los rasgos no sean universales. Es que los rasgos no están más presentes en ciertas subclases de la población que en la población en su conjunto, y, por lo tanto, tomar la clase —mujeres, por ejemplo— como evidencia incluso inductiva y probabilística del rasgo —incapacidad como chef— resulta no tener ninguna base estadística.

Las cosas se tornan mucho más difíciles cuando pasamos a los estereotipos que realmente tienen alguna base estadística.³¹ Consideremos, por ejemplo, los

³¹ Especialmente en el mundo de la psicología social, existe un debate abierto y a menudo acalorado sobre la precisión de los estereotipos. Cf. Jussim, *Social Perception and Social Reality: Why Accuracy Dominates Self-Fulfilling Prophecy and Bias*, y Lee et al., *Stereotype Accuracy: Toward Appreciating Group Differences*, con Bian y Cimpian, “Are Stereotypes Accurate? A Viewpoint from the Cognitive Science of Concepts”, en *Character and Context*, www.spsp.org. Lamentablemente, el debate adolece de poco o ningún acuerdo sobre lo que es un estereotipo, lo que significa que un estereotipo sea exacto y la cuestión de si la palabra *estereotipo* debería utilizarse para referirse a todas las generalizaciones de grupos o, en cambio, solo a las que son social y moralmente problemáticas. Como debería quedar claro, prefiero una definición moral y políticamente neutra de *estereotipo*, de manera tal que un estereotipo se define simplemente como una afirmación genérica sobre una característica de un subgrupo que aparece en ese subgrupo con una incidencia mayor de la que la característica aparece en algún grupo mayor relevante del que el subgrupo es miembro. Según esta definición, la afirmación de que los Volvos son confiables es un estereotipo, al igual que las afirmaciones de que los *pitbulls* son agresivos, de que los italianos son expresivos, de que los holandeses y los masáis son altos y de que los matemáticos son inteligentes. Una pregunta distinta, y que conviene mantener separada, es si la afirmación del estereotipo es empíricamente cierta, como cuestión estadística. Y otra pregunta distinta es cuándo las decisiones sobre individuos o grupos deben tomarse sobre la base de los estereotipos. Lamentablemente, con demasiada frecuencia no se diferencia entre estas tres cuestiones.

estereotipos basados en la edad. A menudo se cree, por ejemplo, que las personas mayores de cierta edad tienen reflejos más lentos y peor visión y audición que las personas menores de esa edad. Esto es un estereotipo, pero la ciencia nos dice que este estereotipo es realmente cierto.³² No se trata, por supuesto, de que todas las personas mayores de cierta edad tengan reflejos más lentos y peor visión y audición que todas las personas menores de esa edad, sino solo de que los reflejos más lentos y la peor audición son estadísticamente más probables en las personas mayores que en las más jóvenes. En consecuencia, los datos y la ciencia nos dicen que la edad es un factor estadístico que predice la lentitud de los reflejos y el deterioro de la visión y la audición, del mismo modo que el hecho de que un coche sea un Subaru es un factor estadístico que predice su confiabilidad, aunque haya Subaru poco confiables y coches confiables de otras firmas. Y, volviendo a la edad, también es cierto que la edad es un factor de predicción estadística válido de la pérdida de memoria, aunque, de nuevo, hay personas mayores con muy buena memoria y personas más jóvenes que olvidan mucho. Pero tales hechos no son incompatibles con el hecho de que la edad sea un factor de predicción estadísticamente válido de la pérdida de memoria. Y, así, el estereotipo de que las personas mayores olvidan las cosas con más frecuencia que los jóvenes es, ciertamente, un estereotipo, pero, a diferencia de los estereotipos sobre los capricornio y los hombres homosexuales, este es un estereotipo preciso, y se entiende así, al menos, una vez que somos cuidadosos con nuestra definición de lo que es un estereotipo.

Una vez que hemos visto, como se ha analizado en las secciones anteriores, que la decisión por generalización —la decisión por estereotipos— es una característica ubicua de muchos aspectos del derecho, es tentador concluir que las clases de estereotipos estadísticamente precisos que se acaban de examinar deberían considerarse permisibles. Con todo, hay que resistir esta tentación. Aunque el carácter espurio de la generalización estadística —no la inexactitud, porque

³² Una parte de la evidencia sobre este tema se explica y resume en el caso estadounidense que confirma la edad de jubilación obligatoria para los pilotos de aerolíneas comerciales, incluso frente a los cambios normativos, que datan de 1989, que hacen ilegales la mayoría de las formas de jubilación obligatoria basadas en la edad. *V. Yetman vs. Garvey*, 261 F.3d 664, 7^o Cir.; y *Professional Pilots Federation vs. FAA*, 118 F.3d 758, D.C. Cir. 1997.

todas las generalizaciones estadísticas son inexactas en algunos casos— de algunos estereotipos es suficiente para rechazar su uso legítimo, la falta de carácter espurio —la presencia de una correlación genuina entre algún atributo y alguna cuestión de interés genuino y legítimo— no es en sí misma suficiente para justificar el uso del estereotipo. La razón de esto no es obvia, por lo que explorar la cuestión requerirá algo de tiempo y espacio.

En principio, algunos estereotipos estadísticamente no espurios deberían rechazarse porque no nos interesa, o no debería interesarnos, lo que los estereotipos predicen de forma no espuria. El origen étnico en Asia Oriental predice la baja estatura, pero aparte del basquetbol y de un pequeño número de otras profesiones y actividades, la baja estatura no es algo que nos importe y, en la medida en que a nosotros o a algunas personas sí les importe, se trata de una preferencia que no debería tener cabida. Y aunque, en Estados Unidos, la ascendencia afroamericana predice el gusto por la música rap, y tal vez incluso el hecho de no disfrutar de la ópera italiana, se trata, de nuevo, de cosas que van más allá del interés legítimo en la mayoría de los contextos. El derecho probatorio angloamericano distingue la relevancia lógica, que es la capacidad de predicción estadística del tipo que hemos estado analizado, de la relevancia material, que es si lo que se predice constituye realmente un componente de lo que intentamos decidir. Que el lugar donde uno vive sea un predictor estadístico lógico de su riqueza es diferente a que la riqueza sea materialmente relevante, ya que no lo es en un gran número de acciones legales de distinto tipo. Y cuando la riqueza es materialmente relevante, como podría ser en ocasiones, el color de pelo de alguien sería lógicamente irrelevante porque no predice la riqueza. Así que, de entrada, debemos limitar nuestra investigación sobre el uso legítimo e ilegítimo de los estereotipos estadísticamente válidos a aquellos casos en los que el estereotipo, como predictor, predice realmente algo que nos importa y debería importarnos.

Incluso con respecto a los estereotipos que sí predicen algo que es de interés legítimo, puede darse el caso de algunos estereotipos estadísticamente justificables que sean el producto de una discriminación anterior y ahora injustificable. Si es cierto, por ejemplo, que las mujeres, como clase o en total, obtienen peores resultados en las pruebas de capacidad matemática o científica, una posibilidad es que

este diferencial refleje auténticas diferencias innatas. Pero una hipótesis mucho más plausible es que lo que aparece como un diferencial actual sea el resultado de una historia previa de desalentar a las jóvenes a mostrar interés por esas materias, o de que las jóvenes vean a pocas mujeres en disciplinas centradas en las matemáticas o en las ciencias debido a la larga historia, con consecuencias visibles, de orientar a las mujeres hacia ciertas profesiones —maestra de escuela, enfermera, bibliotecaria— y al mismo tiempo alejarlas de otras —médica, científica, profesora universitaria—. ³³ En la medida en que se haya producido esa discriminación en el pasado, y en la medida en que las consecuencias de esa discriminación en el pasado sean visibles ahora, o tengan de otro modo efectos actuales persistentes, entonces lo que ahora parecen ser estereotipos estadísticamente válidos son el resultado de una discriminación social u oficial anterior, lo que hace que el uso actual sea mucho menos justificable.

Incluso cuando los estereotipos estadísticamente precisos no son consecuencia de una discriminación pasada ilegal o injusta, no es necesariamente el caso de que se utilicen siempre con fines justificados. Es cierto, por ejemplo, que las mujeres, en promedio, tienen menos fuerza en la parte superior del cuerpo que los hombres, pero si es apropiado utilizar ese diferencial depende de para qué y por qué se lo utiliza. Si este estereotipo estadísticamente sólido, por ejemplo, se utiliza para determinar quién debe ser considerado para un puesto de trabajo como despachante de equipajes en un aeropuerto, podría estar justificado. ³⁴ Pero si se

³³ Este tipo de efecto fue advertido por la Corte Suprema de Estados Unidos, en una opinión de la jueza Ruth Ginsburg, en el caso *United States vs. Virginia*, 518 U.S. 515, que aborda —y declara inconstitucional— la política del Instituto Militar de Virginia (VMI, por sus siglas en inglés), gestionado por el Estado, de limitar la admisión a los hombres. El Instituto sostenía que empleaba un cierto tipo de entrenamiento combativo riguroso —algunos dirían abusivo— que consideraba apropiado para los futuros líderes militares. Y afirmaba que las mujeres, como clase, eran menos receptivas y adecuadas para este tipo de entrenamiento que los hombres. El Tribunal Supremo aceptó, al menos por mor del argumento, la afirmación de que lo que el VMI llamaba “combativo” era menos adecuado para las mujeres, pero rechazó los argumentos por la posibilidad de que la relación estadística entre el género y la capacidad de sacar provecho de la educación combativa fuera probablemente una función de cómo las mujeres habían sido criadas, formadas y socializadas en el pasado. V. Schauer, *Profiles... cit.*, pp. 131-154. Y sobre el caso del VMI en general, con un tratamiento especial y profundo de las cuestiones que más brevemente planteo aquí, V. Case, “Two Cheers for Cheerleading: The Noisy Integration of VMI and the Quiet Success of Virginia Women in Leadership”, en *University of Chicago Legal Forum*, pp. 347-380.

³⁴ El “podría” en el texto es una referencia a la posibilidad de que en algunas circunstancias también podría ser mejor, y de hecho más preciso, proceder a una determinación individualizada. Si el número

lo utiliza para determinar quién debe ser funcionario de aduanas, por ejemplo, en cuyo caso la fuerza de la parte superior del cuerpo resulta irrelevante en casi todos los aspectos del desempeño del trabajo, entonces la capacidad de predicción del estereotipo, aunque sea verdadera, debería nuevamente rechazarse.

Tal vez el argumento más fuerte y común para excluir incluso los estereotipos estadísticamente válidos que predicen cuestiones de genuino y legítimo interés es el argumento de la sobrevaloración. Incluso los estereotipos altamente precisos y fiables suelen ser solo uno de los múltiples factores y elementos de prueba que contribuyen a alguna decisión. Que alguien tenga dieciocho años puede ser relevante para sus capacidades —o incapacidades— para conducir un coche de forma cuidadosa y segura, pero también será relevante una variedad considerable de otras experiencias y características, a pesar de las opiniones de las compañías de seguros. Que alguien sea de origen vasco es en España —muy— ligeramente predictivo de que vaya a cometer, o haya cometido en el pasado reciente, atentados ilegales contra instalaciones gubernamentales, pero que esa misma persona sea un abogado con formación universitaria, que viva con su familia extendida, incluyendo una esposa y cuatro hijos, y que tenga unos ingresos muy elevados, son factores que de manera estereotipada se inclinan en la dirección precisamente opuesta. Y estos dos ejemplos no son inusuales. Prácticamente en todos los contextos existirá alguna inferencia estadística que surja de un estereotipo estadísticamente válido junto con una gran cantidad de otras inferencias estadísticamente

de postulantes a un empleo de despachante de equipajes es reducido, y el número de empleos también es reducido, a menudo será mejor hacer un examen individualizado de la propia cualificación que se considera relevante. La autoridad aeroportuaria podría, por ejemplo, exigir a cada postulante que levante una maleta de un peso determinado, y luego excluir a todos los postulantes que no superen esa prueba, sin tener en cuenta si son hombres o mujeres. Tal test, asumiendo que el diferencial estadístico sea sólido, probablemente excluiría a más mujeres que hombres, pero no necesariamente excluiría a todas las mujeres, y no necesariamente incluiría a todos los hombres. De forma más realista, se ha presentado una cuestión similar en el contexto de la edad máxima admisible para pilotos de aerolíneas comerciales. Es cierto que la edad es un factor estadísticamente fiable, aunque no de forma universal, para predecir una mejor visión y audición, ambos atributos incontrovertiblemente útiles para un piloto de aerolínea comercial. Sin embargo, como ocurre en algunos países, también es posible someter a todos los pilotos a una prueba periódica de visión y audición, y luego exigir el despido de todos los que no la superen. De nuevo, es probable que este enfoque, dada la solidez de las correlaciones edad-visión y edad-audición, produzca despidos necesarios que tengan un impacto desproporcionado en los pilotos de mayor edad. Sin embargo, también permitiría que algunos pilotos mayores continuaran, y probablemente requeriría el despido de algunos jóvenes.

válidas, algunas de las cuales se inclinarán en la misma dirección y otras, en la dirección contraria. Y así, la inferencia del estereotipo puede ser una prueba, pero muy raramente será la única prueba que tengamos de algo que nos interese.

Si esto es así, el problema es que ciertas características, y por tanto ciertos estereotipos, son propensos a dominar a otros, incluso cuando su contribución estadística no justificaría la dominación. Este es el problema de la sobrevaloración.³⁵ En el periodo inmediatamente posterior al 11 de septiembre de 2001, había personal de las aerolíneas que se negaba a volar con personas de evidente apariencia de Medio Oriente, por considerar que esas personas tenían más probabilidades que otros pasajeros de ser terroristas, secuestradores de aviones, etcétera.³⁶ Pero incluso si las estadísticas fueran sólidas —que probablemente lo eran en un grado muy bajo— había otros factores que resultaban mucho más predictivos. Que alguien pague en efectivo un boleto solo de ida y no sea miembro de un programa de viajeros frecuentes es mucho más predictivo de la ilegalidad —a menudo de ser un transportista de drogas, pero posiblemente también de terrorismo— que el origen étnico, pero es probable que un complejo de factores psicológicos o sociológicos haga que este último parezca mucho más importante y, por tanto, mucho más predictivo de lo que realmente es.

En la medida en que existe este tipo de sobrevaloración, un remedio plausible, y que se corresponde con el modo en que los tribunales tratan las pruebas relevantes susceptibles de ser sobrevaloradas, es ordenar su exclusión, es decir, su no utilización. Si se asume que el factor excluido es en realidad relevante, lamentablemente la no utilización obligada excluirá de la consideración algunos factores

³⁵ Una causa especialmente extendida del problema de la sobrevaloración es la tendencia de la gente a ignorar las tasas base [*base rates*] y a centrarse únicamente en ciertas características específicas sumamente destacadas. En la actualidad, un ejemplo especialmente vívido es la covid-19 como causa de muerte. Las personas de 90 años que han dado positivo a covid-19 y mueren suelen ser designadas como fallecidas por covid-19, aunque la tasa de mortalidad base de las personas de 90 años sugiere otras causas. Sobre el problema de la tasa base en general, V. Manis *et al.*, “Base Rates Can Affect Individual Predictions”, en *Journal of Personality and Social Psychology*, pp. 231-248; Koehler y Shaviro, “Veridical Verdicts; Increasing Verdict Accuracy through the Use of Probabilistic Evidence and Methods”, en *Cornell Law Review*, pp. 247-279.

³⁶ V. Schauer, *op. cit.*, pp. 181-190.

que sí son relevantes. Empero, si es probable que ese factor se utilice en exceso, hay ocasiones en las que podría ser preferible la infrautilización obligatoria. En la medida en que el factor susceptible de ser utilizado en exceso sea un estereotipo racial, étnico o de otra clase, y en la medida en que un historial de prejuicios haga especialmente probable ese uso excesivo,³⁷ entonces, una vez más, podemos ver por qué la precisión estadística de un estereotipo no puede ni debe considerarse una justificación suficiente para el uso legítimo de ese estereotipo.

VII. Conclusión

El derecho se caracteriza por ser conservador, en el sentido no político del término. El conservadurismo del derecho se manifiesta en su compromiso con las reglas, con la justificación pública de sus decisiones, con su creciente confianza en los precedentes, incluso en las jurisdicciones en las que eso es un desarrollo relativamente reciente, y en muchas otras cosas. Y tanto la causa como la consecuencia de este conservadurismo es la insistencia en tomar decisiones sobre conjuntos de casos, conjuntos de acontecimientos, conjuntos de personas y mucho más. La verdadera individualización, que puede ser deseable para hacer frente a lo inesperado, es relativamente rara en el derecho. En este sentido, el derecho no es especialmente bueno para hacer frente a lo inesperado, y no es especialmente adecuado para ser un vehículo de progreso en un mundo que cambia de manera rápida. Sin embargo, el compromiso del derecho con el pasado, que se refleja en la mayoría de los dispositivos de razonamiento y argumentación jurídicos,³⁸ permite que el derecho sea el vehículo de la estabilidad del mismo modo que otras instituciones son más adecuadas para ser vehículos de cambio. Y aunque la toma de decisiones de acuerdo con los estereotipos es un poco mal vista en muchos círculos, se puede ver que las diferencias entre la toma de decisiones por estereotipos y la mayoría de los aspectos más apreciados de la toma de decisiones jurídicas son menores de lo que a menudo se reconoce. La generalidad puede

³⁷ Y esa evaluación podría en sí misma estar basada en estereotipos sobre quién tiene qué prejuicios, y cuándo, y dónde, y sobre quién, etcétera.

³⁸ El carácter “pasado” de la toma de decisiones jurídicas es un tema importante en Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*.

impedir a veces que los mejores decisores tomen las mejores decisiones, pero en la medida en que también impide que los decisores que son peores que los mejores tomen decisiones que son peores que las mejores, esta caracterización de gran parte de lo que hace el derecho y de cómo lo hace puede reflejar una de las razones para que exista el derecho, una de las razones por las que funciona como lo hace.

Bibliografía

- Alexander, L., "Constrained by Precedent," *Southern California Law Review*, vol. 63, 1989.
- Alexander, L. y Sherwin, E., *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Duke University Press, Durham, NC, 2001.
- Aristóteles, *Nicomachean Ethics*, Penguin Books, Harmondsworth, Reino Unido, 1977.
- Martin, J. E., *Hanbury & Martin, Modern Equity*, Sweet & Maxwell, 16ª ed., Londres, 2001.
- Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, Cambridge, 1832.
- Ben-Shahar, O. y Porat, A., *Personalized Law: Different Rules for Different People*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- Bian, L. y Cimpian, A., "Are Stereotypes Accurate? A Viewpoint from the Cognitive Science of Concepts", *Character and Context*, 2016. Disponible en www.spsp.org
- Boxer, A., *A Scheme of Heaven: The History of Astrology and the Search for Our Destiny*, W.W. Norton, Nueva York, 2020.

- Case, M. A., “Two Cheers for Cheerleading: The Noisy Integration of VMI and the Quiet Success of Virginia Women in Leadership”, *University of Chicago Legal Forum*, 1999.
- Cooter, R., *The Cultural Meaning of Popular Science: Phrenology and the Organization of Consent in Nineteenth-Century Britain*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.
- Cohen, A., “Generics and Mental Representation”, *Linguistics and Philosophy*, vol. 27, 2004.
- Cohen, M., “Reason-Giving in Court Practice: Decision-Makers at the Crossroads”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 14, 2008.
- Cross, R. y Harris, J. W., *Precedent in English Law*, Clarendon Press, 4ª ed., Oxford, 1991.
- Crowe, R. A., “Astrology and the Scientific Method”, *Psychological Reports*, vol. 67, 1990.
- Damaska, M. R., *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 2013.
- Dancy, J., *Moral Reasons*, Blackwell, Oxford, 1993.
- Deeks, A. S., “Secret Reason-Giving”, *Yale Law Journal*, vol. 129, 2020.
- Dupret, B., Colemans, J. y Travers, M., *Legal Rules in Practice: In the Midst of Law’s Life*, Routledge, Abingdon, Oxon, Reino Unido, 2021.
- Dworkin, R., *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986.
- Effron, R. J., “Reason-Giving and Rule-Making in Procedural Law”, *Alabama Law Review*, vol. 65, 2014.

- Freeman Engstrom, D., y Ho, D. E., “Algorithmic Accountability in the Administrative State”, *Yale Journal on Regulation*, vol. 37, 2020.
- Fuller, L. L., “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958.
- Fuller, L. L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969.
- Golding, M., “Principled Decision-Making and the Supreme Court”, *Columbia Law Review*, vol. 63, 1963.
- Goldstein, L., *Precedent in Law*, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- Greenawalt, K., “The Enduring Significance of Neutral Principles”, *Columbia Law Review*, vol. 78, 1978.
- Hacking, I., *An Introduction to Probability and Inductive Logic*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958.
- _____, *The Concept of Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Hooker, B. y Little, M. O., *Moral Particularism*, Clarendon Press, Oxford, 2000.
- James, G. F., “Relevancy, Probability, and the Law”, *California Law Review*, vol. 29, 1941.
- Jones, O. P., Alfaro-Almagro, F. y Jbabdi, S., “An Empirical, 21st Century Evaluation of Phrenology”, *Cortex*, vol. 106, 2018.

Jussim, L., *Social Perception and Social Reality: Why Accuracy Dominates Self-Fulfilling Prophecy and Bias*, Oxford University Press, Nueva York, 2012.

Kim, P. T., “Auditing Algorithms for Discrimination”, *University of Pennsylvania Law Review Online*, vol. 166, 2017.

Kochan, D. J., “Reason-Giving, Rulemaking, and the Rule of Law”, *University of Missouri-Kansas City Law Review*, vol. 87, 2019.

Koehler, J. J. y Shaviro, D. N., “Veridical Verdicts; Increasing Verdict Accuracy through the Use of Probabilistic Evidence and Methods”, *Cornell Law Review*, vol. 75, 1990.

Kozel, R. J., *Settled Versus Right: A Theory of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

Lamond, G., “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/legal-rras-prec>

Lee, Y. T., Jussim, L. J. y McCauley, C. R., *Stereotype Accuracy: Toward Appreciating Group Differences*, American Psychological Association, Washington, D. C., 1995.

Leslie, S. J., “Generics: Cognition and Acquisition”, *Philosophical Review*, 117, 2008.

_____, “Generics Oversimplified”, *Noûs*, vol. 49, 2015.

Leslie, S. J. y Lerner, A., “Generics and Generalization”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016. Disponible en <http://www.plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/generics/>

- Manis, M., Dovalina, I., Avis, N. *et. al.*, “Base Rates Can Affect Individual Predictions”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 38, 1980.
- Nachbar, T. B., “Algorithmic Fairness, Algorithmic Discrimination”, *Florida State University Law Review*, vol. 48, 2021.
- Narlikar, J. V., Kunte, S., Dabholkar, N. *et. al.*, “A Statistical Test of Astrology”, *Current Science*, vol. 96, 2009.
- Nickel, B., *Between Logic and the World: An Integrated Theory of Generics*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Peters, C. J., *Precedent in the United States Supreme Court*, Springer, Dordrecht, Netherlands, 2013.
- Schauer, F., “Giving Reasons”, *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995.
- _____, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- _____, “Precedent”, *en The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, Nueva York, 2012.
- _____, “Precedent”, *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987.
- _____, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2003.
- _____, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2015.
- _____, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009.

Solum, L. B., "Equity and the Rule of Law," en *The Rule of Law* (NOMOS XXXVI), New York University Press, Nueva York, 1994.

Staszewski, G., "Reason-Giving and Accountability", *Minnesota Law Review*, vol. 93, 2009.

Story, J., *Commentaries on Equity Jurisprudence as Administered in England and America*, 13ª ed., Melville M. Bigelow (ed.), Little Brown, Boston, 1886.

Sunstein, C. R., y King, R. E., "Doing Without Speed Limits", *Boston University Law Review*, vol. 79, 1999.

Tyson, G. A., "An Empirical Test of the Astrological Theory of Personality", *Personality and Individual Differences*, vol. 5, 1984.

Twining, W. L., *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1985.

Wasserstrom, R., *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, Stanford, California, 1961.

Wise, E. M., "The Doctrine of Stare Decisis", *Wayne Law Review*, vol. 21, 1975.

Williams, I., "The Role of Rules: Legal Maxims in Early-modern Common Law Principle and Practice", en *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue*, Hart Publishing, Oxford, 2016.

Wyhe, J. V., *Phrenology and the Origins of Victorian Scientific Naturalism*, Ashgate, Burlington, Vermont, 2004.

Casos de la Corte de Apelación de Estados Unidos

- *Hargett vs. Commissioner of Social Security*, 964 F.3d 546, 6º Cir., 2020.
- *Cole vs. Astrue*, 661 F.3d 931, 6º Cir., 2011.

- *Yetman vs. Garvey*, 261 F.3d 664, 7º Cir., 2001.
- *Professional Pilots Federation vs. FAA*, 118 F.3d 758, D.C. Cir., 1997.

Casos de la Corte Suprema de Estados Unidos

- *United States vs. Virginia*, 518 U.S. 515, 1996.
- *Wolff vs. McDonnell*, 418 U.S. 539, 1974.
- *Goldberg vs. Kelly*, 397 U.S. 254, 1970.
- *Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406, 1932.

Casos de la Corte Suprema de Florida

- *Miller vs. Florida*, 482 U.S. 423, 1987.

Estereotipos, interseccionalidad y desigualdad estructural

Dolores Morondo Taramundi*

* Doctora en Derecho por el Instituto Universitario Europeo (Fiesole, Italia). Docente e investigadora de la Universidad de Deusto, Bilbao, España.

Estereotipos, interseccionalidad y desigualdad estructural. I. Introducción; II. La interseccionalidad; III. Poner en relación la interseccionalidad con los estereotipos; IV. La interseccionalidad y el análisis de los estereotipos: claves de lectura de la desigualdad estructural; V. Conclusiones.

I. Introducción

En este capítulo examinaremos la conexión entre la interseccionalidad y los estereotipos, y la relación que ambos mantienen con la desigualdad estructural. La interseccionalidad es una perspectiva analítica que se introdujo hace más de 30 años, en un intento por comprender la complejidad de la desigualdad en su relación, en primera instancia, con el derecho antidiscriminatorio, pero también con las políticas y las reivindicaciones de los movimientos antirracistas y antisexistas. En un principio, en el presente capítulo se examina, el potencial y los límites de la perspectiva interseccional en el ámbito jurídico y en su aplicación por parte de los tribunales. A continuación, en la segunda sección se introduce la perspectiva interseccional en el estudio de los estereotipos con una doble finalidad. Por una parte, la interseccionalidad nos permite acercarnos a la complejidad de los estereotipos cuando recaen sobre sujetos interseccionales, es decir, personas que se encuentran situadas en la intersección de diversos ejes de discriminación y subordinación social, y que pueden vivir experiencias diferenciadas de desigualdad múltiple o combinada. Los estereotipos pueden referirse específicamente a miembros de grupos interseccionales —tales como los estereotipos sobre mujeres gitanas o sobre migrantes musulmanes— o pueden ser estereotipos genéricos —sobre mujeres, sobre migrantes o sobre personas musulmanas—; estos estereotipos

tienen un efecto diferenciado sobre algunos subgrupos específicos. Por otra parte, el análisis de la interseccionalidad nos proporciona patrones para el estudio de la complejidad en el ámbito de la desigualdad que pueden ser útilmente aplicados al estudio de los estereotipos, uno de los elementos más elusivos y complejos de la discriminación. Finalmente, en la última sección se recogen algunas consideraciones sobre la contribución que, en relación con el análisis de la desigualdad estructural, nos ofrece la perspectiva interseccional en el estudio de los estereotipos.

II. La interseccionalidad

1. Origen y desarrollo del concepto

Entre los años 80 y 90, la jurista estadounidense Kimberlé Crenshaw acuñó el término interseccionalidad para explicar cómo el derecho antidiscriminatorio excluía de su protección a los grupos sociales más marginalizados. La interseccionalidad, entendida desde este lente, permitía explicar las formas en las que experimentan la discriminación aquellas personas que se sitúan en la intersección de múltiples factores de desigualdad —como el género, la raza o la pertenencia a minorías étnicas, la clase social, la orientación sexual, la discapacidad, etcétera—. Sobre todo, permitía explicar la invisibilidad de esos sujetos y de las formas de discriminación que estas sufrían ante el derecho y las políticas antidiscriminatorias. Para Crenshaw, la marginalización de las experiencias de discriminación de los sujetos interseccionales, —que en su análisis se centra en las mujeres negras— se debe al hecho de que tanto la teoría feminista como la política antirracista refiere a conjuntos distintos de experiencia y no refleja la interacción de la raza y el género.¹ Para esta autora, esta tendencia a tratar la raza y el género como categorías de experiencia y de análisis que se excluyen mutuamente invisibilizaba a las mujeres negras tanto en la teoría feminista como en la política antirracista, y esto minaba el potencial de ambos instrumentos. Se necesitaba, por ello, una nueva perspec-

¹ Cf. Crenshaw, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Policy”, en *University of Chicago Legal Forum*, p. 140.

tiva que resolviera dichos problemas de exclusión, no simplemente incluyendo a las mujeres negras —u otros grupos interseccionales— en estructuras analíticas ya establecidas, pero no pensadas para analizar la interacción entre diversas categorías. Crenshaw advierte: “debido a que la experiencia interseccional es mayor (*greater*) que la suma del racismo y del sexismo, el análisis que no tome en consideración la interseccionalidad no puede afrontar suficientemente la manera particular en la que están subordinadas las mujeres negras”.² Aunque no hay en la literatura una posición unívoca sobre cómo entender ese “exceso” que representa la interseccionalidad respecto a la suma de discriminaciones,³ se admite generalmente que no es una situación que los instrumentos de eje único —tales como el género, la raza, o cualquier otro motivo de discriminación— puedan comprender simplemente por yuxtaposición.

A partir de los años 90 y durante el primer decenio del 2000, el análisis de la interseccionalidad se expandió y adquirió una extraordinaria relevancia, al punto de ser comúnmente considerada una de las aportaciones teóricas más importantes de los estudios de género.⁴ Por lo tanto, la relevancia de la interseccionalidad no es únicamente cuantitativa, en relación con el número de trabajos y su distribución a través de las diferentes materias y disciplinas. Además, la interseccionalidad constituye una especie de patrón cualitativo de los estudios de género; cualquier investigación que no preste la debida atención a la interseccionalidad corre el riesgo de ser considerada incorrecta —desde un punto de vista teórico— y políticamente dudosa.⁵ Sin embargo, en los últimos años ha habido un punto de inflexión en la expansión de la interseccionalidad, marcado por un número creciente de intervenciones críticas.⁶ Aunque no todas las críticas de la intersec-

² *Id.*

³ Cf. Morondo Taramundi, “La interseccionalidad entre teoría del sujeto y perspectiva de análisis: algunos apuntes desde la teoría del derecho antidiscriminatorio”, en *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, pp. 481-500.

⁴ Cf. McCall, “The Complexity of Intersectionality”, en *Intersectionality and Beyond. Law, power and the politics of location*, p. 48.

⁵ Cf. Davis, “Intersectionality as buzzword”, en *Feminist Theory*, pp. 67-85.

⁶ Cf. Nash, “Re-thinking intersectionality”, en *Feminist Review*, pp. 1-15; Conaghan, “Intersectionality and the feminist project” en *Intersectionality and Beyond. Law, power and the politics of location*, pp. 21-48; Barrère, “La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, pp. 225-252; Carbin y Edenheim, “The intersectional turn

cionalidad proponen su abandono, sí que plantean la necesidad de reconsiderar el modo en el que la concebimos y su papel en las ciencias sociales.

En los diversos ámbitos disciplinares que estudian la interseccionalidad, esta se concibe mayoritariamente, aunque no exclusivamente, como una forma de conceptualizar la identidad y las experiencias subjetivas de opresión.⁷ Este modo de entender la interseccionalidad pone al centro la atención al “sujeto interseccional”, aquel que se identifica a través de la yuxtaposición de categorías cada vez más finas o granulares. Los sujetos interseccionales se encuentran en posiciones particulares de marginalización múltiple, y suelen estar descuidados por las políticas “generalistas”, de la identidad; como la política antirracista o la política feminista. Muchas de las autoras que siguen esta aproximación a la interseccionalidad coinciden en que los sujetos interseccionales hablan “con una voz especial”,⁸ o tienen una “experiencia única de discriminación”;⁹ es decir, son portadores de una experiencia o de una voz distinta que constituye un valor añadido desde el punto de vista teórico.¹⁰ Esa voz especial o esas experiencias únicas de discriminación son las que permiten adentrarse en los sistemas de opresión.

Estas elaboraciones son herederas de una historia de crítica y rebelión contra la exclusión que, al interior del movimiento feminista, han sufrido algunos grupos de mujeres, entre las cuales se encuentran las mujeres racializadas o pertenecientes a minorías étnicas, las mujeres lesbianas o las discapacitadas que, tradicionalmente, han tenido gran dificultad para hacer oír sus voces dentro de los movimientos feministas y, más aún, para que sus reivindicaciones formaran parte de la agenda de las mujeres blancas, heterosexuales o burguesas, que no sufrían las mismas formas de discriminación. Así, cuando en los años 70 los feminismos

in feminist theory: A dream of a common language?”, en *European Journal of Women's Studies*, pp. 233-248; MacKinnon, “Intersectionality as Method: A Note”, en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, pp. 1019-1030; Morondo Taramundi, *op. cit.*

⁷ Cf. Nash, *op. cit.*

⁸ Matsuda, “Looking to the bottom: critical legal studies and reparations”, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, p. 324.

⁹ Fredman, “Double Trouble: multiple discrimination and EU law”, en *European Anti-Discrimination Law Review*, *passim*. Énfasis añadido.

¹⁰ Cf. Nash, *op. cit.*, p. 8.

negro y lésbico criticaron el concepto de género, lo hicieron como una contestación política; cuando las feministas blancas de clase media hablan de la condición de “la mujer” en América, ¿se refieren también a ellas, a las negras y a las lesbianas? ¿Están ellas incluidas en el “nosotras, las mujeres” de las feministas blancas? Un ejemplo clásico de esta contestación fue la crítica a las feministas blancas que monopolizaban el debate en torno al tema del derecho al aborto, mientras para las mujeres negras este problema era mucho menos sustantivo que el de las esterilizaciones forzosas que sufrían ellas o las mujeres pertenecientes a minorías étnicas.

Partiendo de esta posición, de crítica a la falta de inclusividad y representación de un tipo de feminismo que estaba únicamente centrado en el género como eje de subordinación, descuidando otros ejes —como la raza, la orientación sexual, la clase social, la discapacidad, etcétera— que determinaban en gran medida la manera en que diversos grupos de mujeres vivían la discriminación por género, se pueden encontrar finalidades diversas. Para algunas autoras, como para Crenshaw, la perspectiva de la interseccionalidad no resta validez a las categorías sociales, como el género o la raza. Estas autoras reconocen las relaciones sociales estables e incluso duraderas que representan las categorías sociales y su intención es traer al centro del debate político y jurídico algunos grupos sociales situados en la intersección de dichas categorías; aquellos que son, por lo general, ignorados o invisibilizados. El objetivo de este tipo de aproximación es agudizar la acción del feminismo y de la lucha antirracista mediante un enfoque que permita ver las experiencias de aquellos sujetos en los márgenes que resultan generalmente invisibles en los dispositivos de un eje único.

Sin embargo, existe otra corriente que sigue un enfoque denominado “anticategorial”;¹¹ este enfoque rechaza el uso de las categorías, como “mujeres” o “género”, en cuanto las considera ficciones sociales simplificadoras que generan desigualdades al producir las diferencias. En esta corriente nacida en el “giro posmoderno” del debate sobre la interseccionalidad, el uso mismo de las categorías o la actividad de categorizar resultan sospechosos; un ejercicio de poder. El objetivo de

¹¹ Cf. McCall, *op. cit.*, pp. 52-59.

este enfoque es deconstruir las categorías y mostrar su artificialidad y la complejidad irreducible de las identidades.

Muchas autoras, especialmente juristas, se han mostrado insatisfechas y críticas con la predominancia del enfoque anticategorial y el giro posmoderno de la interseccionalidad. Jo Conaghan, por ejemplo, señala cómo en el trabajo de Kimberlé Crenshaw el concepto de interseccionalidad pretendía introducir el problema inmediato de las experiencias de discriminación de las mujeres negras; en cambio, los debates anticategoriales posteriores se centran en la incapacidad del derecho —en general— para “capturar la complejidad y fluidez de la identidad”. Así, los problemas originarios de estrategia política y judicial se transforman en consideraciones más abstractas sobre la naturaleza de la identidad y la imposibilidad de su correcta representación.¹²

Estos debates sobre la identidad derivados del giro posmoderno descuidan los modos de interacción de la opresión y el privilegio. Como afirma Catherine MacKinnon:

No hay duda de que las categorías y los estereotipos y las clasificaciones son auténticos instrumentos de desigualdad. Y son estáticos y difíciles de mover. Pero son los resultados osificados de la intersección dinámica de múltiples jerarquías, no son la dinámica que las crea. Están ahí, pero no son la razón por la que están ahí.¹³

Investigar esas dinámicas y esas interacciones va más allá o, mejor dicho, es una pregunta cualitativamente diferente a la de entender la identidad de los sujetos interseccionales. Gran parte de la investigación sobre la interseccionalidad consiste en añadir categorías más finas o más granulares unas a otras, buscando sujetos e identidades más específicas “en busca de información incompleta, como si un esquema más sofisticado y sensible a la diferencia pudiera resolver la crisis de la representación o el problema de la categorización en su conjunto”.¹⁴ Pero como

¹² Cf. Conaghan, p. 26.

¹³ MacKinnon, *op. cit.*, p. 1023.

¹⁴ Carbin y Edenheim, *op. cit.*, p. 239.

señalaba McKinnon, por muy específicas y completas que sean las categorías, no son más que los resultados de las dinámicas de la desigualdad; la interseccionalidad debería perseguir el análisis de las dinámicas que crean las categorías y no únicamente la identificación de sus resultados.

2. La aplicación jurídica de la interseccionalidad

Las aproximaciones a la interseccionalidad que se centran en el “sujeto interseccional” tienen algunas limitaciones a la hora de su aplicación jurídica y judicial, que son especialmente visibles en el ámbito del derecho antidiscriminatorio. Si bien el enfoque y la atención a las experiencias de discriminación de grupos generalmente relegados a los márgenes —las mujeres o los niños migrantes o de minorías étnicas, las personas indígenas con discapacidades, las mujeres musulmanas veladas, las minorías sexuales de más edad, etcétera— es útil e importante —especialmente a la hora de diseñar el derecho y las políticas públicas— el énfasis que ponen estas aproximaciones en las experiencias de los sujetos interseccionales, y especialmente en su consideración como experiencias “únicas o distintivas”¹⁵ produce efectos adversos a la hora de entender la discriminación y aplicar normas antidiscriminatorias.

Algunos de estos efectos son fáciles de detectar: la fragmentación de los sujetos emancipatorios, la hiperinflación de las normas antidiscriminatorias, la alimentación de dinámicas competitivas entre grupos socialmente subordinados, la tendencia a la homogenización dentro de las fronteras identitarias, multiplicando las fronteras o negando los conflictos internos u ordenándolos en jerarquías de prioridades.¹⁶

Sin embargo, hay otro efecto, sobre el cual llamar la atención. El predominio de este enfoque, centrado sobre el sujeto interseccional y su experiencia distinta y

¹⁵ Cf. Rey Martínez, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 251-283; Fredman, *op. cit.*

¹⁶ Cf. Morondo Taramundi, “Un caffè da Starbucks: Intersezionalità e disgregazione del soggetto nella sfida al diritto anti-discriminatorio”, en *Ragion Pratica*, pp. 365-384.

distintiva, refuerza algunas limitaciones del derecho antidiscriminatorio; tanto este enfoque como la concepción liberal¹⁷ del derecho antidiscriminatorio obvian la dimensión colectiva y estructural de la opresión y de la discriminación; esas dinámicas que crean las categorías como resultados, a las que se refería MacKinnon.

Para entenderlo es conveniente volver a los casos que discutía Crenshaw en 1989. En *DeGraffenreid vs. General Motors*,¹⁸ se discutía el despido de las empleadas negras de la General Motors en aplicación de un sistema de ancianidad. Las empleadas intentaban mostrar que el sistema de ancianidad usado para determinar el orden en los despidos las discriminaba puesto que la política de contratación de la General Motors había incluido a las mujeres negras sólo con posterioridad a los hombres negros y a las mujeres blancas. Eran, por tanto, las primeras en perder el puesto de trabajo porque eran las últimas en haber entrado. Sin embargo, cuando intentaron argumentar la discriminación sufrida ante el tribunal, se encontraron con un obstáculo: en el marco del derecho antidiscriminatorio estadounidense no podían construir un estándar de comparación adecuado (*relevant comparator*) para sostener su demanda bajo los motivos de discriminación únicos o separados (*single*). Las mujeres negras no podían reclamar discriminación por razón de sexo puesto que mujeres blancas habían sido contratadas antes que ellas, y no podían reclamar discriminación racial puesto que también los hombres negros habían sido contratados antes. El Tribunal rechazó la idea de crear una “súper acción legal” (*super remedy*) específica para ellas combinando raza y sexo, temeroso del efecto “caja de Pandora” que podría tener la creación de categorías protegidas de subgrupos, y del hecho que hacerlo daría a las mujeres negras un mayor acceso o legitimación procesal (*legal standing*) que a los hombres negros o a las mujeres blancas.

¹⁷ En este texto distinguiremos de manera resumida entre la concepción liberal del derecho antidiscriminatorio (individualista y basado en la regla de la igualdad de trato) que está en la base de los actuales sistemas de derecho antidiscriminatorio, y las posiciones críticas del derecho antidiscriminatorio, que abogan por introducir la dimensión colectiva y los fenómenos de jerarquización y opresión en el ámbito de aplicación del principio antidiscriminatorio. Sobre este punto, se vea la propuesta de Barrère Unzueta, *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista* sobre el concepto de “subordiscriminación”.

¹⁸ *DeGraffenreid vs General Motors Assembly Division*, 413 F. Supp. 142 (E. D. Mo. 1976).

Comentando este caso, Sara Fredman sostiene que:

Hay un reconocimiento creciente del hecho que la discriminación por razón de sexo se vive en manera muy diferente por mujeres en situaciones diferentes [...]. Así, la desventaja que experimentan las mujeres negras no es la misma que la que viven las mujeres blancas o los hombres negros. Al contrario, las mujeres negras forman un grupo separado y único de cara al derecho antidiscriminatorio [...]. Es sólo la situación cumulativa de ser mujeres y negras lo que creaba la discriminación.¹⁹

Hay, por tanto, una situación cumulativa como señala Fredman, que afecta a las mujeres negras de manera distintiva y diferente tanto respecto a las mujeres blancas —que también habían sido discriminadas por razón de sexo hasta el inicio de los años 60— como respecto a los hombres negros.

Sin embargo, reformular esta situación cumulativa en términos de experiencia única de discriminación resulta confuso; decir que las mujeres negras eran discriminadas en cuanto mujeres negras, en un modo que sólo las mujeres negras podían experimentar, es excesivamente determinado. El potencial discriminatorio de criterio de ancianidad es bastante conocido, las normas que dan prioridad en la promoción a quien lleva más años trabajando o que seleccionan para despedir a quien menos tiempo lleve contratado, pueden tener un efecto discriminatorio si parte de la plantilla no accedió al trabajo en condiciones de igualdad porque, como en el ejemplo, la empresa tenía políticas sexistas o racistas a la hora de contratar. La aplicación del criterio de ancianidad no resulta menos discriminatoria —aquí para las mujeres negras— porque ese mismo efecto discriminatorio lo hayan experimentado los miembros de otros grupos —incluyendo a las mujeres blancas y a los hombres negros—. No parece necesario, por ello, para poder hablar en este caso de una discriminación que afecta a las mujeres negras en modo diferente a la manera en que afecta a los hombres negros o a las mujeres blancas, establecer que esta discriminación —el despido en base a un efecto discriminatorio de la aplicación del criterio de ancianidad— es particular y única de este grupo.

¹⁹ Fredman, *op. cit.*, p. 12.

Además, como nos muestra el caso siguiente, si considerásemos a las mujeres negras como un grupo separado y único de cara al derecho antidiscriminatorio, la aproximación a la interseccionalidad desde la perspectiva de los sujetos interseccionales seguiría siendo problemática. Pocos años después del caso anteriormente mencionado se presentó una situación similar en el caso *Jefferies*.²⁰ La señora Dafro Jefferies sostenía haber sido discriminada en la promoción dentro de su trabajo por ser una mujer negra, sin que hubiera discriminación racial contra los hombres negros ni discriminación por razón de sexo contra las mujeres blancas. Esta vez el Tribunal reconoció que la señora Jefferies tenía derecho a la protección de las normas antidiscriminatorias, y que el hecho de que la empresa no discriminase a los hombres negros o a las mujeres blancas era irrelevante y no debía ser tenido en cuenta a la hora de determinar si el empleador discriminaba o no contra las mujeres negras.

Es decir, este tribunal, a diferencia del caso *DeGreffereid*, consideró que las mujeres negras debían constituir —o poder constituir— una categoría distinta, como sugería Sandra Fredman. Sin embargo, el Tribunal se encontró con una dificultad: “¿hasta dónde, sin llegar al carácter único de cada individuo, se podían crear nuevas categorías?”²¹ Los tribunales consideraron sucesivamente que era necesario contener esta “Hidra de múltiples cabezas”, limitando la combinación a dos motivos de discriminación.²²

Como la misma Sandra Fredman señala, esta contención de la interseccionalidad a los solos ejes del sexo y la raza produce un efecto artificial y paradójico: “cuanto más difiera una persona de la norma, más probable será que experimente discriminación múltiple y menos probable será que pueda conseguir protección”.²³

²⁰ Cf. USA Federal Court of Appeals, *Jefferies vs. Harris County Community Action Association* 615 F2nd 1025 (5th Circuit 1980).

²¹ MacKinnon, *op. cit.*, 1021.

²² *Judge vs. Marsh*, 649 F Supp. 770 (D.D.C. 1986). Hay que notar que desde principios de los años Setenta existía en Estados Unidos una doctrina jurisprudencial denominada “discriminación *Sex Plus*” que prohibía la discriminación de determinados subgrupos de mujeres: se consideraba discriminatorio, por ejemplo, que un empleador negase una promoción a mujeres con hijos de edad preescolar si no se la negaba a hombres con hijos en edad preescolar. *V. Phillips vs. Martin Marietta*, 400 U.S. 542 (1971).

²³ Fredman, *op. cit.*, p. 11.

Creo que Fredman pone aquí el dedo en la llaga; lo que resultaba particular en el caso de las empleadas negras de la empresa General Motors no es tanto el “tipo” de discriminación sufrida, sino el hecho de no poder construir su caso como un caso de discriminación porque la estructura a eje único del derecho antidiscriminatorio estadounidense no se lo permite y las excluye. Lo que la interseccionalidad nos señala no es tanto la experiencia de la discriminación en sí; de hecho, si el número de despidos hubiera sido mayor, se habría terminado despidiendo también a mujeres blancas y hombres negros. Sin embargo, tanto las mujeres blancas como los hombres negros sí que habrían podido construir un caso de discriminación por razón de sexo y por razón de raza, respectivamente. Lo que nos muestran los casos de sujetos interseccionales, por tanto, es la relación de la interseccionalidad con la estructura del derecho antidiscriminatorio.

Siguiendo de nuevo a MacKinnon, la experiencia de discriminación interseccional tendría que haber llevado a los tribunales a preguntarse por los propios mecanismos del derecho antidiscriminatorio. Y este problema no se resuelve —como puede llevarnos a pensar el enfoque de la interseccionalidad como teoría de la identidad— añadiendo características y experiencias a los sujetos protegidos, añadiendo categorías cada vez más sensibles (*finer*).

En *Jefferies*, el tribunal crea una nueva categoría —la de “mujeres negras”, y la añade a las ya existentes de “raza negra” y “mujeres”— pero lo que tendría que haberse preguntado es cómo se había originado el problema,

el método que creaba la raza y el sexo como dos categorías estáticas basadas sobre los ocupantes relativamente más privilegiados de cada clasificación [...]. [El tribunal n]o explicó sus premisas, mucho menos consideró si dejar doblemente fuera a Dafro Jefferies, ni de raza negra ni mujer, porque era las dos cosas, no revelaba algo más sistemático en la metodología del derecho antidiscriminatorio que tenía que afrontarse. En cambio, el problema de alguien que no encaja en ninguna de las dos casillas se resolvió creando una tercera casilla: las mujeres afroamericanas. Al tribunal se le escapó cualquier cosa que fuera más allá o más a fondo.²⁴

²⁴ MacKinnon, *op. cit.*, p. 1021- 1022.

Desde este punto de vista, la interseccionalidad como perspectiva analítica sobre los sistemas de opresión y su acción en las estructuras sociales —en este caso, en el derecho— refuerza algunas de las críticas que la teoría feminista del derecho ha hecho a la doctrina del derecho antidiscriminatorio dominante —de corte liberal— en los últimos treinta años. El caso de la General Motors que hemos comentado es un ejemplo muy claro. El enfoque de la interseccionalidad como *teoría de la identidad* nos llevaría a centrarnos en las experiencias de discriminación “distintas y distintivas” y a crear nuevas categorías de sujetos interseccionales protegidos con los riesgos de hiperinflación normativa y competición política entre los grupos, que señalábamos antes—. Por otro lado, el enfoque de la interseccionalidad como perspectiva de análisis sobre los sistemas de opresión nos permite identificar el mecanismo del “*relevant comparator*” —el estándar de comparación relevante—²⁵ como un impedimento para que el derecho antidiscriminatorio detecte, comprenda y responda a la experiencia de discriminación en un caso interseccional. Pero puede hacerlo porque en este enfoque la experiencia del grupo marginalizado se pone en relación con la estructura —el derecho antidiscriminatorio— que filtra los sistemas de opresión. El enfoque de la identidad, por el contrario, refuerza la estructura parcelada del derecho antidiscriminatorio, un mosaico de grupos y experiencias distintivas que no se traducen en sistemas o regímenes y no dejan ver las relaciones entre ellas.

III. Poner en relación la interseccionalidad con los estereotipos

1. Estereotipos interseccionales y discriminación

Probablemente la manera más inmediata de establecer una relación entre interseccionalidad y estereotipos consiste en pensar cuáles son los estereotipos específicos que afectan a los sujetos interseccionales. Del mismo modo que no todas las

²⁵ El estándar de comparación relevante es un elemento problemático, y ampliamente criticado, en el derecho antidiscriminatorio. Cf. MacKinnon, “Reflections on Sex Equality under Law”, en *Yale Law Journal*, pp. 1281-1328; Añón, “Transformations in anti-discrimination law: progress against subordination”, en *Revis. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, pp. 27-43.

mujeres experimentan la discriminación en general de igual manera, los estereotipos sobre las mujeres no se refieren siempre a todas ellas de la misma manera.

Los estereotipos, en general, funcionan a través de la atribución de características, roles o funciones específicas a un individuo por el simple hecho de pertenecer a un grupo social.²⁶ Pero no siempre un estereotipo general, por ejemplo, sobre las mujeres afecta por igual o crea las mismas imágenes con respecto a todos los grupos de mujeres. Así, los estereotipos sobre la presunta fragilidad física de las mujeres, aunque se refieran a las mujeres en general, no han sido una cortapisa al duro trabajo físico y a las duras condiciones de vida de campesinas, obreras o mujeres esclavizadas. Sirvieron, sin embargo, para consolidar el ideal doméstico de la mujer de la burguesía, impidiendo el acceso de las mujeres burguesas a trabajos mucho menos exigentes desde un punto de vista físico —como las profesiones liberales— y manteniendo a las mujeres, en conjunto, alejadas de aquellos ámbitos en los que se ejerce el poder —que a su vez se identifica con la potencia y el carácter masculinos, especialmente, el poder político y el poder militar—.

Otras veces, los estereotipos sobre las mujeres no se refieren indistintamente a todas ellas, sino que se dirigen precisamente a distinguir grupos de mujeres. Así, por ejemplo, mientras la sexualidad de las mujeres blancas burguesas se construía sobre su infantilización, falta de experiencia y falta de conocimiento, la interseccionalidad entre género y raza construía la sexualidad de las “otras” mujeres a través de estereotipos que las hacían conscientes de su poder sexual, exóticas, seductoras, lujuriosas e hipersexualizadas. La “orientalización” de las mujeres se construye, especialmente, a través de imágenes sobre su sexualidad y su comportamiento de género, que sean seductoras bailarinas de los siete velos o mujeres desnudas de comportamiento “promiscuo” o “desregulado”.²⁷

²⁶ Cf. Cook y Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, p.9.

²⁷ En el imaginario occidental, la yuxtaposición de lo “salvaje” o necesitado de civilización, la desnudez, y la promiscuidad o falta de regulación del comportamiento sexual es una constante tanto en la literatura de ficción como en las obras que dan cuenta de la acción misionaria de Europa en América, África y Oceanía. Se puede decir que la obsesión de los europeos por vestir a los pueblos que colonizaban es parte de una acción de gobierno y determinación de las jerarquías sociales.

Toda la literatura especializada concuerda en que los estereotipos invisibilizan a los sujetos como individuos autónomos y situados en un contexto, con sus elecciones y especificidades. Los estereotipos atribuyen a los sujetos individuales algunas características predeterminadas, sin pasar por el análisis de la situación en concreto. En el ámbito judicial, este mecanismo puede perjudicar la imparcialidad del juez o la jueza, la evaluación de los hechos, la relevancia de la prueba, la credibilidad de las personas involucradas en el proceso y afectadas por los estereotipos, y en consecuencia, la interpretación o aplicación de las disposiciones normativas.²⁸

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH— podemos encontrar estereotipos específicos de los sujetos interseccionales y estereotipos genéricos sobre las mujeres u otros grupos sociales que tienen un impacto diferenciado en grupos diversos de mujeres. En el caso *M. y Otros vs. Italia y Bulgaria*²⁹ se combinan estereotipos de género y estereotipos raciales en el ámbito de la violencia contra las mujeres que llevan a la desprotección de la reclamante. En este caso, los padres de una joven búlgara menor de edad de etnia gitana —romaní— denunciaban que su hija había sido secuestrada en Italia por unos hombres que les habían ofrecido trabajo y que, posteriormente, les habían obligado a marcharse, tras forzar a la hija a casarse con uno de ellos. La madre y una pariente volvieron a Italia para conseguir la liberación de la hija, que fue posible gracias a la intervención de la policía. Tras la liberación de la joven, las autoridades italianas —policía, fiscal y tribunales— no dieron crédito a la denuncia de secuestro y violencia sexual y, sin apenas investigar el caso, avalaron la explicación de los acusados de que se trataba de un “matrimonio gitano”. La percepción estereotipada de los gitanos llevó a las autoridades a considerar que la situación que denunciaban madre e hija era parte consustancial del “matrimonio gitano” y que no se debía interferir en la esfera privada. La policía italiana dio por descontado que la joven y su madre mentían, y respondió a las acusaciones de secuestro con una denuncia contra las mismas demandantes por calumnias.

²⁸ Cf. Ghidoni, “La esterilización forzada en intersecciones distintas: un enfoque estructural para el análisis de las desigualdades complejas”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, p. 111.

²⁹ TEDH, *M. y otros vs. Italia y Bulgaria*, App. no. 40020/03, CE:ECHR:2012:0731JUD004002003

No hubo ni investigación ni incriminación de ningún tipo contra los hombres a los que la joven y sus padres acusaban de secuestro, violencia sexual y de obligar a la joven a robar.

La sentencia del TEDH condena a Italia y a Bulgaria por violación del artículo 3 —prohibición de tortura y trato o castigo inhumano o degradante— porque no habían cumplido con el deber impuesto por el Convenio Europeo de investigar y perseguir los hechos denunciados por los padres de la joven. El resto de las quejas, que incluyen la tardanza de las autoridades italianas para liberar a la joven —un total de 17 días—, el tratamiento sufrido por madre e hija por parte de las autoridades italianas, que las acusan de calumnia en vez de investigar su denuncia, y el carácter discriminatorio de tales comportamientos no subsisten, según el TEDH.

Es importante, para entender la interacción entre los estereotipos, la interseccionalidad y la discriminación, prestar atención a cómo razona el Tribunal ante la queja sobre la violación de la prohibición de discriminación —artículo 14 CEDH—. No tener en cuenta cómo actúan los estereotipos, interseccionales o no, sobre la desigualdad acarrea consecuencias en toda la secuencia del razonamiento del Tribunal.

Así, el TEDH considera que el trato que recibieron las denunciadas —madre e hija— por parte de las autoridades italianas no llega al mínimo nivel de severidad necesario para considerarse una violación del Artículo 3, y considera que el hecho de que fueran advertidas por la policía de que podían ser incriminadas si no decían la verdad no es una amenaza, sino parte de las obligaciones de las autoridades en el curso de los interrogatorios.

El Tribunal no hace ninguna consideración ulterior; no tiene en cuenta que no sólo fueron advertidas de que podrían ser incriminadas si no decían la verdad, sino que fueron inmediatamente incriminadas, aún sin haber investigado sus denuncias, basándose únicamente en los testimonios de los acusados y en la percepción estereotipada de los agentes sobre los matrimonios gitanos. Tampoco considera el TEDH cómo los estereotipos sobre las mujeres, en general, y las mujeres gitanas en particular, afectaron a la credibilidad de las denunciadas

hasta el punto en que no sólo no obtuvieron acceso a la justicia (su denuncia se archivó en un solo día) sino que fueron ellas mismas incriminadas sobre la base de los testimonios de las personas acusadas de delitos gravísimos (trata de seres humanos, secuestro, violencia sexual, explotación laboral) y que simplemente los negaron.

El Tribunal rechaza como inadmisibles por falta de fundamento la queja por discriminación de las demandantes, puesto que considera que, aunque las autoridades italianas no investigaron adecuadamente los hechos, tal comportamiento no puede atribuirse a una actitud discriminatoria ya que no hay pruebas de expresiones racistas (*racist verbal abuse*) o comentarios tendenciosos sobre el origen étnico de las demandantes. En la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 14, para poder admitir y juzgar una violación de la prohibición de discriminación, se requiere que un derecho protegido por el Convenio se vea afectado, pero no necesariamente violado.³⁰ Por ello, no se entiende que en este caso, para estudiar si el comportamiento de la policía era o no discriminatorio, se exija que haya habido vejaciones racistas; es decir, que el comportamiento de la policía fuera suficientemente grave en sí mismo para ser considerado una violación del artículo y no únicamente la afectación del artículo 3. La misma sentencia establece ya que ese artículo había sido afectado; de hecho, considera que el comportamiento de las autoridades italianas y búlgaras viola la obligación de investigar potenciales violaciones de la prohibición de maltrato. Se trataba, en la queja del artículo 14, de establecer si la falta de la debida diligencia de las autoridades podía ser reconducida al origen étnico de las denunciadas, a los estereotipos que inciden sobre su falta de credibilidad en cuanto mujeres gitanas, o en la falta de interés por los problemas que, a través de imágenes estereotipadas sobre el matrimonio gitano, se conducen a un asunto cultural —en vez de calificarlos como violencia de género—.

³⁰ Es decir, la prohibición de discriminación del Artículo 14 del CEDH no tiene carácter autónomo, sino que se refiere al disfrute de alguno de los derechos protegidos por el Convenio mismo y debe, por ello, ser invocada en relación con alguno de esos derechos. Sobre la doctrina que requiere la mera afectación de otro artículo y no su violación. V. TEDH, *Grzelak vs. Polonia*, App. no. 7710/02, CE:ECHR:2010:0615JUD000771002; *O'Donoghue y otros vs. Reino Unido*, App. no. 34848/07, CE:ECHR:2010:1214JUD003484807.

En el voto disidente en la sentencia, de la jueza Kalaydjieva, se registra el impacto de la discriminación en todo el procedimiento ante las autoridades italianas, pero también en el propio razonamiento del TEDH. La jueza Kalayddjieva resalta en su voto particular las anomalías del procedimiento en Italia: (a) la falta de investigación, que no duró ni un día tras la liberación de la joven, frente a la gravedad de los hechos denunciados; (b) la denuncia casi inmediata de la policía contra la presunta víctima, una menor de edad, y su madre por calumnias, sin que se hubieran investigado los hechos; (c) la incongruencia de considerar la denuncia de la víctima y su madre falsa y, sin embargo, no dejar a la joven libre para que volviera al domicilio conyugal sino ponerla en custodia en una estructura para menores primero, y bajo la custodia de su madre después. Aunque el voto particular no menciona ni la discriminación ni los estereotipos,³¹ establece una relación entre el comportamiento de las autoridades y algunas “suposiciones inapropiadas”:

No puedo encontrar ninguna explicación para este trato excepto la suposición por parte de las autoridades de que las demandantes habían estado mintiendo desde el principio. Esta suposición se refleja en la renuencia a organizar la rápida liberación de la menor, la forma en que ella y su madre fueron interrogadas precipitadamente y bajo amenazas, y la inmediata iniciación del procedimiento por calumnias en un intento por establecer que sus denuncias no eran nada más que acusaciones falsas.

Esta explicación, es decir, que las autoridades estuvieran actuando bajo la suposición de que las demandantes mentían, le parece a la jueza disidente más razonable que la explicación que acepta el TEDH en su sentencia de que las autoridades italianas opinaban que las circunstancias del caso se inscriben en el contexto de un matrimonio romaní:

Incluso si fuera correcto (y me atrevería a dudarlo), tal “opinión” no podría explicar razonablemente la manera en que las autoridades trataron las denuncias de

³¹ El voto particular de la jueza Kalaydjieva se dirige a argumentar la violación del Artículo 3 no solo en su dimensión procesal (la falta de investigación de las violaciones del artículo 3 por parte de los agresores), en el que concuerda con la mayoría, sino también en su dimensión sustantiva. El voto argumenta que el trato que recibieron madre e hija por parte de las autoridades italianas constituye tratamiento inhumano o degradante, en vista de la falta de acción para obtener una liberación rápida de la menor retenida y la manera en la que fueron interrogadas y posteriormente inculpadas por calumnias.

malos tratos, sexo no consentido, participación forzada en actividades delictivas, etc., a menos que se entienda que un matrimonio romaní constituye un acuerdo de los padres para vender una novia “para cualquier propósito”.

Vemos en estos párrafos cómo la jueza Kalaydjieva hace emerger los estereotipos que cementan las incongruencias del comportamiento de las autoridades italianas. Para entender el trato que recibieron las mujeres que denunciaban los actos de violencia, y que este no parezca incongruente, es necesario integrar los estereotipos que justifican esas acciones: las autoridades tardaron dos semanas y media en liberar a la joven porque creyeron que la madre mentía; madre e hija fueron interrogadas duramente, no se buscaron testigos ni se hicieron investigaciones, y fueron finalmente incriminadas por calumnias porque las autoridades pensaron que mentían. ¿Por qué pensaron las autoridades que las mujeres mentían sin haber siquiera comprobado los hechos ni la coartada de los presuntos agresores? Porque hay estereotipos muy extendidos que asientan la falta de credibilidad de las mujeres cuando denuncian violencia de género, en general, sobre la falta de credibilidad de los gitanos, en general, y sobre las artimañas y la tendencia al embrollo y a la mentira de las mujeres gitanas, en particular.

Pero en la segunda explicación de la forma en la que actuaron las autoridades italianas —tanto la policía como los tribunales—, el voto particular desvela otro estereotipo con el que se justifica la desprotección de la víctima, y que el TEDH acepta para exculpar a las autoridades italianas de la violación de la dimensión sustantiva del Artículo 3 y para inadmitir la queja relativa al Artículo 14. Los estereotipos sobre las relaciones familiares y de género entre los gitanos tienen la virtualidad, en el razonamiento de las autoridades italianas, de justificar la violencia contra una menor, que seguiría siendo tal, aunque se hubiera tratado de un matrimonio consentido. Sin embargo, la policía italiana descarta que se trate de un secuestro y no investiga la violencia sexual ni la constricción a participar en actos delictivos, porque considera todo esto comprendido dentro de la forma cultural del matrimonio gitano. En este sentido, es especialmente grave el párrafo 93 de la sentencia, en el que el TEDH recoge la interpretación del gobierno italiano que reporta la conclusión del Tribunal nacional que había visto el caso. El Tribunal nacional considera que no hay un caso de secuestro sino un desacuerdo subsiguiente a un “matrimonio tradicional” según los ritos gitanos debido

a razones económicas o a cómo estaba siendo tratada la hija por parte del marido y su familia. El gobierno italiano se apoya en la jurisprudencia del propio TEDH para argumentar que los matrimonios gitanos son diferentes, “específicos”.³² Lo que el gobierno italiano intenta justificar es la inacción de las autoridades italianas mediante el pernicioso argumento de que la violencia denunciada debe ser entendida como parte de la “especificidad” del matrimonio gitano. Pues una vez que las autoridades han establecido que se trata de un “matrimonio gitano” es irrelevante que se denuncie violencia contra la mujer, porque la violencia contra la mujer es parte consustancial de esa forma cultural. El estereotipo sobre las relaciones familiares y de género entre los gitanos transforma así un caso de violencia de género en una diferencia cultural que afecta a la esfera privada y sobre la cual las autoridades italianas consideran que no deben intervenir, y encima denuncian por calumnias a las mujeres que se atreven a poner en cuestión el estereotipo.

Como se puede ver del análisis de este caso, los estereotipos interseccionales —como ya advertíamos en el caso de la discriminación interseccional— no son necesariamente distintivos ni únicos de determinados grupos. Se forman en la interacción de los diversos ejes de la desigualdad y del poder social, como el sexismo y el racismo/anti-gitanismo en el caso apenas expuesto. Para entender su funcionamiento es necesario acercarse a ellos como una clave de lectura: en nuestro ejemplo, son la clave de lectura sobre la incongruencia del comportamiento de las autoridades italianas, que usan estereotipos sobre las mujeres gitanas y el matrimonio gitano para invisibilizar la discriminación por género y por origen étnico a la que se enfrentan las denunciadas.

2. El enfoque estructural de los estereotipos

En uno de los pasajes anteriormente citados de Catherine MacKinnon, esta autora acomodaba categorías, estereotipos y clasificaciones (“No hay duda de que las

³² TEDH, *Muñoz Díaz vs. España*, App. no. 49151/07, CE:ECHR:2009:1208JUD004915107. Este es un argumento espurio. En *Muñoz Díaz* la especificidad del matrimonio gitano sólo se considera en relación con su capacidad de producir el convencimiento subjetivo en los cónyuges respecto al carácter matrimonial de su unión.

categorías y los estereotipos y las clasificaciones son auténticos instrumentos de desigualdad”)³³ y consideraba todos ellos como *resultados* osificados de las relaciones de poder.

Como acabamos de explicar, los estereotipos, al igual que las categorías, son mecanismos a través de los cuales se vehicula la desigualdad. Pero son un resultado de las dinámicas de poder, no la dinámica en sí misma. Así como las categorías nos empujan a entender la relación entre las dinámicas que las crean (la interseccionalidad), los estereotipos deben llevarnos a interrogarnos sobre los procesos que los originan. Lo que nos interesa, en consecuencia, es entender el proceso de estereotipación (*stereotyping*) que produce las narrativas, las justificaciones y los razonamientos que impiden que las jerarquías sociales y las dinámicas de la discriminación y la desigualdad aparezcan en toda su crudeza, y muestren su incongruencia. Arrojar luz sobre el proceso, y no simplemente identificar sus productos osificados, puede darnos claves para mejorar nuestro conocimiento de cómo afectan al razonamiento jurídico, y responder con más precisión y eficacia a sus efectos discriminatorios.

Para esto, aplicaremos a los estereotipos el mismo patrón de análisis que hemos seguido anteriormente con la interseccionalidad. También los estereotipos, como la interseccionalidad, pueden verse desde una vertiente más relacionada con los sujetos estereotipados o desde una vertiente más estructural, porque indaga las relaciones y las dinámicas estructurales que los producen.

Desde el enfoque subjetivo podemos considerar los estereotipos como visiones o concepciones generalizadas relativas a los atributos, características o roles que los miembros de un grupo tienen o deben tener.³⁴ En este enfoque subjetivo los estereotipos pueden entenderse, en su concepción peyorativa, como representaciones exageradas y estáticas, producto de la ignorancia o el miedo; o en su concepción neutra, como mecanismos cognitivos que reducen la complejidad a través de generalizaciones que simplifican y que pueden ser más o menos acertadas

³³ MacKinnon, “Intersectionality...*cit*”, p. 1023.

³⁴ *Cf.* Cook y Cusack, *op. cit.*, p. 9.

desde el punto de vista del caso individual.³⁵ En cualquiera de las dos acepciones, los estereotipos en tanto que generalizaciones sobre ciertos sujetos les niegan la autonomía y determinan o prescriben sus características relevantes o comportamiento. Desde el enfoque subjetivo, el daño de los estereotipos estriba precisamente en que niegan a los sujetos estereotipados su individualidad y complejidad, y pueden impedir el libre ejercicio de la autonomía o el acceso a y la garantía de los derechos.³⁶ El enfoque subjetivo puede resultar útil en sede judicial, porque los Tribunales se enfrentan con casos individuales en los que se puede apreciar si las descripciones genéricas o prescripciones de conducta que el estereotipo impone sobre el sujeto que reclama suponen o no una discriminación o una denegación de derechos. Sin embargo, no siempre los tribunales consiguen identificar esa discrepancia. Tomemos como ejemplo un caso clásico del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE, en aquel momento Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea—. En el caso *Johnson*,³⁷ una mujer policía en Irlanda del Norte consideraba que la exclusión de las mujeres de la recién introducida política sobre el porte de armas de fuego por parte de los agentes de policía constituía una discriminación directa por razón de sexo. El gobierno británico argumentó que si las mujeres policía llevaban armas serían un blanco más frecuente de los terroristas para poder apropiarse de las armas, y por ello se había decidido que a las mujeres no se les entrenaría para usar o llevar armas, y que aquellas que no pudieran ser empleadas en labores de oficina o trabajos de carácter social perderían su empleo. La reclamante en el caso, Marguerite Johnson, era una de las policías que había perdido su empleo. El TJUE consideró que, efectivamente, se trataba de una distinción basada en el sexo pero que las especiales exigencias de seguridad nacional en Irlanda del Norte hacían justificable la exclusión de las mujeres del uso de las armas, vista su menor fuerza física y agresividad. El TJUE aceptó, por tanto, la generalización sobre las mujeres, sin permitir que el estereotipo fuera puesto a la prueba de los hechos concretos en el caso de la reclamante: es decir, que se le hubiera dado la oportunidad —como a sus colegas masculinos— de

³⁵ Cf. Arena, “Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos”, en *Derecho y Control*, pp. 11-44.

³⁶ Cf. Añón, *op. cit.*; Clérico, “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando a la garantía estándar de imparcialidad”, en *Revista de Derecho del Estado*, pp. 67-96; Cook y Cusack, *op. cit.*

³⁷ TJUE, *Marguerite Johnston vs. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84, EU:C:1986:206.

entrenarse y pasar las pruebas de aptitud en relación con el porte de armas. El estereotipo consiguió bloquear la incongruencia en el comportamiento de las autoridades británicas —como en el razonamiento del TJUE— de considerar a Marguerite Johnson menos adecuada para llevar o defender sus armas en comparación con sus colegas masculinos, sin haberle dado acceso a los cursos de adiestramiento y a las pruebas mediante las que se comprobaban las aptitudes de los hombres al porte de armas.

En otras ocasiones, los tribunales, ante el caso individual, identifican la incongruencia, pero no el estereotipo. En un caso igualmente clásico del TEDH, *Marckx*,³⁸ el gobierno belga intentaba justificar la discriminación de los hijos extramatrimoniales en el derecho civil belga argumentando que las madres solteras son más propensas a abandonar a sus hijos y que, por ello, el derecho civil no establecía las relaciones de parentesco entre los hijos extramatrimoniales y la familia de la madre. En su sentencia, el TEDH no discute los estereotipos sobre la “buena madre”, como una mujer casada y con una familia estable que justifican la exclusión de las madres solteras y su prole en las relaciones familiares reguladas por el derecho, pero rechazó el argumento del gobierno belga como infundado estableciendo que las normas belgas constituían una forma de violación del derecho a la vida privada y familiar de las demandantes.

Finalmente, puede darse también el caso de que la discriminación en el caso individual venga atribuida directamente a la acción de los estereotipos. Es decir, que el juez o la jueza considere que los argumentos que presentan las autoridades para justificar su acción discriminatoria son generalizaciones infundadas o no aplicables a la situación concreta y que crean un daño o una desventaja para el sujeto estereotipado. Aunque en la literatura se apunta a un mayor uso de los argumentos antiestereotipos en algunos tribunales, estos casos son todavía minoría. Encontramos ejemplos de ellos en las sentencias *Konstantin Markin*³⁹ o *Carvalho Pinto*⁴⁰ del TEDH, por ejemplo.

³⁸ TEDH *Marckx vs. Bélgica*, App no. 6833/74, CE:ECHR:1979:0613JUD000683374.

³⁹ TEDH *Konstantin Markin vs. Rusia*, App no. 30078/06, CE:ECHR:2010:1007JUD003007806.

⁴⁰ TEDH *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*, App no. 17484/15, CE:ECHR:2017:0725JUD001748415.

Al igual que lo habíamos observado en el enfoque subjetivo de la interseccionalidad, también el enfoque subjetivo de los estereotipos, entendido como el daño que sufre el individuo estereotipado, presenta problemas en relación con el derecho.⁴¹

En primer lugar, necesitamos un individuo que se rebele contra el estereotipo y con la descripción o comportamiento resultante, que el estereotipo le impone. Un ejemplo es el caso de Marguerite Johnson que hemos comentado antes; la norma estereotipada que excluye a las mujeres de la policía, e incluso de la formación para usar armas, impide a Johnson probar que ella es capaz de manejar armas o que es lo suficientemente agresiva para defenderlas. En este caso, el TJUE no detectó ni rechazó el estereotipo, pero de haberlo hecho —como hizo parcialmente en casos posteriores—⁴² la solución pasaría por considerar contrarias a derecho las prohibiciones generalizadas, que no establezcan mecanismos para evitar la exclusión de aquellos individuos cuyas características o comportamiento muestra una discordancia con respecto al estereotipo o para ajustar la prohibición a otros datos empíricos relevantes.

Esta aproximación a los estereotipos tiene algunas limitaciones reseñables. Por una parte, el mecanismo individualizado de excepciones deja las normas estereotipadas en funcionamiento para todas aquellas personas que no tienen los recursos o la fuerza de pedir una excepción. Por cada Marguerite Johnson o cada Konstantin Markin habrá cientos de personas que encuentren más conveniente conformarse al estereotipo que luchar contra él. Además, como muestran los casos de Marguerite Johnson y de la joven búlgara en *M. y otros vs. Italia y Bulgaria*, no siempre los tribunales consiguen identificar los estereotipos como el mecanismo que niega oportunidades o garantías en el caso concreto. Los estereotipos son mecanismos convencionales, creencias o representaciones compartidas y asentadas, que dotan de significado al comportamiento social.⁴³ No hay ningún mecanismo

⁴¹ Como discutiremos en el último apartado, las limitaciones del enfoque subjetivo de los estereotipos son particularmente pronunciadas en relación con el potencial transformador del derecho (por ejemplo, del derecho antidiscriminatorio, del derecho de los derechos humanos y de las garantías de los derechos fundamentales) e inciden en la capacidad de los instrumentos jurídicos para combatir los fenómenos de desigualdad estructural.

⁴² TJUE, *Tanja Kreil vs Bundesrepublik Deutschland*, no. C-285/98, EU:C:2000:2.

⁴³ Cf. Arena, *op. cit.*

específico que aisle al razonamiento jurídico de la influencia de los estereotipos, impidiendo que puedan actuar en el ámbito jurídico —como en cualquier otro ámbito social—. ⁴⁴

En segundo lugar, el enfoque subjetivo requiere que los estereotipos identificados se demuestren “inexactos”, que haya individuos cuya descripción o conducta sean discordantes con el estereotipo y lo pongan en discusión. A este propósito, Catherine MacKinnon señalaba:

¿Qué pasa si, en la medida en que un estereotipo es exacto, es producto del abuso, como la pasividad, o una estrategia de supervivencia, como la manipulación? ¿Qué pasa si, en la medida en que es real, señala una realidad impuesta, como el lugar la mujer es el hogar? ¿Qué pasa si el estereotipo es ideológicamente perjudicial pero materialmente útil, como la preferencia por la madre en los casos de custodia de los hijos? ¿Qué pasa si un estereotipo es perjudicial como base para una política, sea o no exacto, como la noción de que las mujeres no están interesadas en trabajos con salarios más altos? ⁴⁵

Es decir, al igual que nos mostraban los casos interseccionales, a veces es necesario trascender la posición individual del sujeto, interseccional o estereotipado, para considerar cómo se relacionan las categorías y los estereotipos con las estructuras o los mecanismos —como el derecho— que filtran las relaciones de poder.

IV. La interseccionalidad y el análisis de los estereotipos: claves de lectura de la desigualdad estructural

Ya en 1979, el artículo 5 de la CEDAW apuntaba a los estereotipos como un elemento fundamental en la discriminación contra las mujeres; los prejuicios, los

⁴⁴ En los últimos años se han ido desarrollando propuestas para identificar los estereotipos en el razonamiento judicial y aplicarles estándares de escrutinio riguroso, capaces de identificar los daños y la discriminación que producen. V. por ejemplo, Añón, *op. cit.*; Clérico, *op. cit.*; Timmer. “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, en *The American Journal of Comparative Law*, pp. 239-284 o Peroni (2014).

⁴⁵ MacKinnon, “Reflections ...*cit*”, p. 1293.

usos y prácticas basados en la idea de la inferioridad o superioridad de uno de los sexos o en los roles estereotipados para mujeres y hombres se consideran las “raíces” (*root causes*) de la posición de desventaja de las mujeres.⁴⁶

La lucha contra los estereotipos está, por ello, asociada a la “transformación” de las estructuras o de las raíces estructurales de la desigualdad. Por ejemplo, la Recomendación General Núm. 25 del comité de la CEDAW considera que los estereotipos de género no afectan a las mujeres únicamente a través de actos individuales sino también en el derecho y en las estructuras e instituciones legales y sociales.⁴⁷ Por ello, se incluye el artículo 5 entre aquellos que constituyen el marco interpretativo de la convención, y la modificación o eliminación de los estereotipos aparece como una de las tres obligaciones de los Estados —junto con la eliminación de discriminación directa e indirecta de las leyes, y la persecución de la igualdad de facto mediante programas de acción positiva—.

Este papel fundamental que se atribuye a los estereotipos en la persistencia de la discriminación contrasta con la dificultad para identificarlos y neutralizarlos a través de las categorías del derecho antidiscriminatorio, en particular la discriminación directa y la indirecta. Como hemos visto en algunos de los ejemplos, los tribunales no siempre identifican un estereotipo en acción como tal —como, por ejemplo, en el caso del matrimonio gitano— o, a veces incluso identificado, su fuerza argumentativa consigue justificar el resultado dañino o discriminatorio —como, por ejemplo, en el caso de la debilidad de las mujeres frente a las exigencias de la seguridad nacional—. Las dificultades del tratamiento de los estereotipos en el derecho antidiscriminatorio los asemejan por ello a otros problemas de la desigualdad llamada estructural o sistémica. Dichos problemas no pueden ser examinados mediante los mecanismos del derecho antidiscriminatorio liberal, que tienden a individualizar la discriminación, —presentándola como una ruptura individual de la igualdad de trato que produce una desventaja concreta a

⁴⁶ Cf. Holtmaat, “Article 5”, en *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, pp. 141-168.

⁴⁷ CEDAW, Recomendación General Núm. 25, art. 4, parr. 1; Convención CEDAW, UN Doc A/59/38, párr. 7.

una persona si se la compara con otra persona no perjudicada, y solo si tal trato diferenciado no puede ser objetiva o racionalmente justificado—. Hay un número siempre mayor de temas en materia de desigualdad que no se consiguen resolver con ese patrón antidiscriminatorio,⁴⁸ lo que produce sin duda una inestabilidad creciente en el ámbito del derecho antidiscriminatorio, pero también una importante búsqueda y evolución doctrinal en busca de nuevas soluciones.⁴⁹

La discriminación estructural es una noción utilizada desde hace décadas por la teoría crítica del derecho antidiscriminatorio, y siempre con mayor frecuencia desde posiciones más institucionales, para referirse a aquellas dimensiones o manifestaciones de la desigualdad que consiguen escapar a las categorías individualistas del derecho antidiscriminatorio liberal, generalmente porque —como hemos visto en los casos de estereotipos interseccionales— no se puede establecer una comparación individualizada o no se consigue rebatir la justificación objetiva y racional del trato diferenciado.⁵⁰ Para la teoría crítica, la discriminación o la desigualdad estructurales son manifestaciones de la opresión. Iris Marion Young teorizó la opresión como un fenómeno social, que es incomprensible desde las categorías del individualismo liberal (como las del derecho antidiscriminatorio). La opresión es estructural: “[s]us causas están insertas en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan, en los presupuestos que subyacen a las reglas institucionales y en las consecuencias colectivas de seguir esas reglas”.⁵¹

Tanto la interseccionalidad como el análisis de los estereotipos nos ofrecen claves de lectura en esas dimensiones o manifestaciones de la desigualdad que el derecho antidiscriminatorio existente tiene dificultades para analizar. Ambos ofrecen la

⁴⁸ Además de los estereotipos o la interseccionalidad, que examinamos en este capítulo, se puede pensar en la violencia de género, la segregación racial en las ciudades o la segregación sexual en el mercado de trabajo, la discriminación salarial o en las pensiones, entre otros.

⁴⁹ Cf. Morondo Taramundi, “Desigualdad compleja e interseccionalidad: ‘reventando las costuras’ del derecho antidiscriminatorio”, en *Desigualdades complejas e interseccionalidad. Una revisión crítica*, pp. 11-28.

⁵⁰ Cf. Barrère y Morondo Taramundi, “La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto Gruber del TJUE”, en *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*, pp. 143-160; Añón, “The Antidiscrimination Principle and the Determination of Disadvantages”, en *The Age of Human Rights Journal*, pp. 109-128.

⁵¹ Young, *Justice and the Politics of Difference*, p. 74.

posibilidad de observar los problemas de discriminación tanto desde un punto de vista subjetivo, como desde un punto de vista que trasciende la experiencia individual y la pone en relación con estructuras sociales en las que se manifiesta el poder.

Desde esta segunda perspectiva, que en este capítulo hemos llamado estructural, podemos acercarnos a la desigualdad o la discriminación como manifestaciones de la opresión. Utilizar la interseccionalidad y el análisis de la estereotipación para comprender la discriminación estructural implica, en primer lugar, reconsiderar el daño que produce la discriminación y, en segundo lugar, valorar la función del derecho —antidiscriminatorio o de garantía de los derechos fundamentales— en la lucha contra la discriminación estructural.

Como ha denunciado el feminismo desde los años noventa, para luchar efectivamente contra los estereotipos, el derecho antidiscriminatorio no puede abordarlos como un problema de “errada clasificación”,⁵² e intentar resolverlos a través de excepciones que, en casos singulares, eximan de la aplicación del estereotipo —o, mejor dicho, de las normas estereotipadas— a personas que, individualmente presentan información discordante, dejando sin embargo intacto el estereotipo en relación con el grupo.

Los estereotipos se consideran, desde hace décadas, como elementos encapsulados en situaciones de desigualdad estructural. Analizarlos desde una perspectiva estrechamente subjetiva no nos permite acercarnos a esa dimensión estructural porque nos aparecen como generalizaciones inexactas —clasificaciones erradas— que, puntualmente o individualmente, niegan a una persona “excepcional” su autonomía y sus oportunidades. Una perspectiva estrechamente subjetiva nos dice, por ejemplo, que aunque en general las mujeres sean más débiles y menos agresivas, quizá Marguerite Johnson no lo era. En vez de darle la oportunidad de probar sus características personales en los cursos de adiestramiento y en las pruebas de uso de armas de fuego, el estereotipo sobre la fragilidad de las mujeres le

⁵² MacKinnon, *op. cit.*

negó la consideración de su individualidad, de su autonomía y le hizo perder su trabajo y sus oportunidades de carrera. Sin embargo, esta perspectiva no pone en cuestión por qué y para qué se determina que las mujeres son débiles físicamente o poco agresivas. Catherine MacKinnon se preguntaba: “¿Por qué es un daño ser considerado miembro de un grupo del que uno es, de hecho, miembro? ¿No será el daño, en realidad, la forma en que se trata a ese grupo?”⁵³

Es decir, desde una perspectiva estructural el daño de los estereotipos no reside únicamente en que a una persona se le atribuyan las características del grupo al que pertenece pero que, excepcionalmente, no corresponden con sus características individuales y, por ello, impiden su libre autodeterminación. Los estereotipos son sí un mecanismo de hetero-designación —de determinación de las características relevantes de un grupo, de los comportamientos que debemos esperar de los miembros de un grupo— y de serialización, pero su efecto no es únicamente individual, sino colectivo.

Comprender esta dimensión colectiva o de grupo en la discriminación es fundamental. Solo si entendemos el daño colectivo de los estereotipos, valoraremos correctamente algunas de las dificultades que plantea su solución a través del derecho antidiscriminatorio o de garantía de los derechos fundamentales. En primer lugar, es el daño colectivo —más allá del individual— el que explica por qué los estereotipos limitan tanto a quien se rebela como a quien se conforma a su descripción o dictado, o por qué la relación entre los estereotipos y la desigualdad se sitúa más allá de su “exactitud” o correspondencia estadística.

La perspectiva de la interseccionalidad estructural nos muestra además la complejidad de la interacción de los estereotipos como formas de la discriminación, y cómo no podemos evaluar los daños de la desigualdad estructural si no tenemos en cuenta esas interacciones. En el caso del estereotipo sobre el matrimonio gitano, por ejemplo, es la interacción entre los estereotipos de género y raza lo que consigue invisibilizar la discriminación en la actuación de las autoridades. La violencia de género no emerge —no se investiga ni se nombra como tal, a pesar de la grave-

⁵³ MacKinnon, *op. cit.*, p. 1293.

dad de los hechos denunciados— porque está invisibilizada por los estereotipos racistas que atribuyen los comportamientos descritos (secuestro de persona, matrimonio con una menor de edad, violencia sexual, restricción a la actividad delictiva) a la específica forma cultural del matrimonio gitano y sus relaciones familiares. Por otra parte, la discriminación por motivos étnicos por parte de las autoridades tampoco se aprecia, porque sus acciones (denuncia por calumnias ante la persistencia en denunciar la violencia de género) son justificadas por el estereotipo que mina la credibilidad de las mujeres que denuncian violencia de género, sugiriendo en cambio que mienten para conseguir otros fines (vengarse de exparejas, mejores arreglos de custodia o divorcio, compensaciones económicas o acceso a prestaciones sociales, etcétera). Ambos estereotipos, más allá del daño individual causado a las demandantes, que no obtuvieron la protección solicitada y se vieron tratadas malamente sin que haya motivo para pensar que ellas individualmente estaban mintiendo, causan daños colectivos. Estos no son simplemente una versión grupal de los daños individuales, es decir, la perpetuación de la imagen de las mujeres que mienten cuando denuncian violencia de género o de la idea de que la violencia de género es consustancial y particular de la cultura gitana y sus relaciones familiares. El daño que crean estos estereotipos está también —a nivel estructural— en la perpetuación de una jerarquía de grupos que determina qué es lo que el derecho y las autoridades tienen que proteger. Los estereotipos justifican la no utilización del instrumento jurídico en la protección contra la violencia de las mujeres, en general, y de las mujeres de etnias minoritarias, en particular; excusan que se mantenga una estructura social de credibilidad, en la que la palabra de los hombres tiene más valor que la de las mujeres, y en la que las explicaciones de los grupos étnicos dominantes sobre qué es una práctica cultural minoritaria tiene más aceptación que la contestación que puedan hacer las personas de esa minoría directamente involucradas (en este caso, las mujeres gitanas); justifican el mantenimiento de esa poderosa división público/privado, que sustrae ciertas formas de violencia a la acción del Estado o hace su intervención excepcional y dificultosa.

Los estereotipos, por tanto, mantienen a las mujeres en ese espacio asignado y mantienen el derecho al margen de la protección de sus intereses. El espacio asignado y el ámbito de intervención del derecho se modulan según la interacción de los diversos ejes de poder. Igual que decíamos anteriormente que el estereotipo

sobre la fragilidad de las mujeres ha afectado a grupos de mujeres en modo diferenciado dependiendo de su clase social o de su estatus como mujeres esclavizadas, también los estereotipos sobre la violencia sexual están modulados según la raza⁵⁴ y otras circunstancias.⁵⁵ Un análisis estructural e interseccional de los estereotipos pone al descubierto las diversas jerarquías en juego y evita que la solución a un caso concreto de estereotipación o de discriminación interseccional refuerce otras jerarquías o ejes de opresión. Este tipo de dilema, que resulta de la operación del derecho antidiscriminatorio a través de ejes únicos o simples, nos lleva tener que “elegir” cuál será la queja a la que dar prioridad, ignorando que el daño colectivo se forma en la interacción. En el ámbito de la violencia contra las mujeres, y específicamente de la violencia contra las mujeres de grupos minoritarios raciales o religiosos, estos dilemas han obstaculizado la acción jurídica y política. Así, en un intento por no “marcar” a las comunidades minoritarias como constitutivamente violentas o misóginas, se ignoran las denuncias de violencia contra las mujeres, justificándolas bajo “defensas culturales” que no solo dejan desprotegidas a las mujeres del grupo, sino que refuerzan una jerarquía “cultural” entre los grupos minoritarios/extranjeros — menos “avanzados culturalmente” porque ejercen conductas sexistas o misóginas— y el grupo mayoritario, que no se caracteriza culturalmente por la violencia contra las mujeres, sino que esta se atribuye individualmente a cada agresor. En el caso *M. y otros vs. Italia*, la inacción de las autoridades italianas contra la violencia de género al inscribir los hechos en un matrimonio gitano cumple, a nivel de reproducción de las jerarquías sociales, esta misma función.

V. Conclusiones

El objetivo de este capítulo era poner de relieve la relación entre interseccionalidad y estereotipos y las posibilidades que nos ofrecen ambos conceptos para acercarnos al análisis de la desigualdad estructural.

⁵⁴ Hay motivos para pensar que si la víctima del caso *M. y otros vs. Italia y Bulgaria* no hubiera sido una inmigrante gitana la reacción de las autoridades y del público habría sido distinta.

⁵⁵ Por ejemplo, la condición migrante o el ejercicio de la prostitución: TEDH, *Rantsev vs. Chipre y Rusia*, App no. 25965/04, CE:ECHR:2010:0107JUD002596504; *L.E. vs. Grecia*, App no. 71545/12, CE:ECHR:2016:0121JUD007154512; *S.M. vs. Croacia*, App no. 60561/14, CE:ECHR:2020:0625JUD006056114.

Desde hace años, y con la crítica al agotamiento del modelo formalista e individualista de garantía del principio de igualdad y no discriminación, se exige al derecho antidiscriminatorio —a menudo, en combinación con normas sobre garantías de derechos fundamentales y de derechos humanos— una finalidad transformadora de las estructuras que reproducen la desigualdad y la discriminación en nuestras sociedades y no, únicamente, la resolución de casos individuales de ruptura de la igualdad de trato.

En el análisis y tratamiento, jurídico y político, de la desigualdad hay nociones como la interseccionalidad y los estereotipos que aparecen íntimamente ligadas a los fenómenos de desigualdad estructural, a la complejidad de las situaciones resultantes de la opresión y las jerarquías sociales, que resultan escurridizas para los mecanismos de la igualdad de trato.

Sin embargo, el uso de la interseccionalidad o el análisis de los estereotipos con el propósito de transformar la desigualdad estructural requiere tener en cuenta las diversas dimensiones (individual/subjetiva o estructural) que presenta su análisis y ser conscientes de las tensiones y las limitaciones de nuestros sistemas jurídicos —de corte liberal— al enfrentarse a los aspectos colectivos o grupales de la discriminación y la desigualdad.

En este capítulo hemos mostrado que —aunque resulten útiles en diversos ámbitos— los enfoques subjetivos de la interseccionalidad y de los estereotipos limitan el potencial transformador del derecho antidiscriminatorio y de garantía de los derechos humanos porque bloquean la posibilidad de acceder a las dimensiones colectivas y sistémicas del fenómeno de la desigualdad, reconduciéndolo a sus instancias individuales y fragmentadas. El enfoque estructural de ambas nociones, en cambio, nos abre la posibilidad de análisis de las dinámicas de poder en relación con el derecho antidiscriminatorio o con el razonamiento jurídico.

Bibliografía

- Añón, M. J., “The Antidiscrimination Principle and the Determination of Disadvantages”, *The Age of Human Rights Journal*, núm. 2, 2014, pp. 109-128.

- _____, “Transformations in anti-discrimination law: progress against subordination”, *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 40, 2020, pp. 27-43.
- Arena, F. J., “Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos”, en Risso, V. y Pezzano, S. (eds.) *Derecho y Control* (2), Ferreyra Editor, Córdoba, 2019.
- Barrère Unzueta, M. A., “La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88, 2010, pp. 225-252.
- _____, *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*, Grijley, Lima, 2014.
- Barrère Unzueta, M. Á., y Morondo Taramundi, D., “La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto Gruber del TJCE”, en Campos Rubio, A. y Barrère Unzueta, M. Á. (eds.), *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*, Dykinson, Madrid, 2005. pp. 143-160.
- Carbin, M. y Edenheim, S., “The intersectional turn in feminist theory: A dream of a common language?”, *European Journal of Women’s Studies*, núm. 20, tomo 3, 2013, pp. 233-248.
- Clérico, L., “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando a la garantía estándar de imparcialidad”, *Revista de Derecho del Estado*, núm. 41, 2018, pp. 67-96.
- Conaghan, J., “Intersectionality and the feminist project”, en Grabham, E., Cooper, D., Krishnadas, J. y Herman, D. (eds.), *Intersectionality and Beyond. Law, power and the politics of location*, Routledge-Cavendish, Abingdon, 2009, pp. 21-48.
- Cook, R.J. y Cusack, S., *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, 2010.

- Crenshaw, K. W., “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Policy”, *University of Chicago Legal Forum*, núm. 140, 1989, pp. 139-167.
- , “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Colour”, *Stanford Law Review*, núm. 43, tomo 6, 1991, pp. 1241-1299.
- Davis, K., “Intersectionality as buzzword”, *Feminist Theory*, núm. 9, tomo 1, 2008, pp. 67-85.
- Fredman, S., “Double Trouble: multiple discrimination and EU law”, *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 2, 2005, pp. 13-18.
- Ghidoni, E., “La esterilización forzada en intersecciones distintas: un enfoque estructural para el análisis de las desigualdades complejas”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 38, 2018, pp. 102-122.
- Holtmaat, R., “Article 5”, en Freeman, M. A., Chinkin, Ch., Rudolf, B. (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 141-168.
- MacKinnon, C., “Reflections on Sex Equality under Law”, *Yale Law Journal*, núm. 100, tomo 5, 1991, pp. 1281-1328.
- , “Intersectionality as Method: A Note”, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, núm. 38, tomo 4, 2013, pp. 1019-1030.
- McCall, L., “The Complexity of Intersectionality”, en Grabham, E., Cooper, D., Krishnadas, J. y Herman, D. (eds.), *Intersectionality and Beyond. Law, power and the politics of location*, Abingdon, Routledge-Cavendish, [2005] 2009, pp. 49-76.
- Matsuda, M., “Looking to the bottom: critical legal studies and reparations”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, núm. 22, 1987, pp. 323-399.

Morondo Taramundi, D., “Un caffè da Starbucks: Intersezionalità e disgregazione del soggetto nella sfida al diritto anti-discriminatorio”, *Ragion Pratica*, núm. 37, 2011, pp. 365-384.

—————, “La interseccionalidad entre teoría del sujeto y perspectiva de análisis: algunos apuntes desde la teoría del derecho antidiscriminatorio”, en La Barbera, M.C. y Cruells López, M. (eds.), *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 481-500.

—————, “Desigualdad compleja e interseccionalidad: `reventando las costuras´ del derecho antidiscriminatorio”, en Morondo, D., de la Cruz, C., y La Spina, E. (eds.), *Desigualdades complejas e interseccionalidad. Una revisión crítica*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 11-28.

Nash, J., “Re-thinking intersectionality”, *Feminist Review*, núm. 89, 2008, pp. 1-15.

Rey Martínez, F., “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 251-283.

Timmer, A., “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, *The American Journal of Comparative Law*, núm. 63, 2015, pp. 239-284.

Young, I. M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton - N.J., Princeton University Press, trad. cast. de Álvarez, S., 2000, *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 1990.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Carvalho Pinto de Sousa

S.M. vs. Croacia, App no. 60561/14, CE:ECHR:2020:0625JUD006056114, 25 de junio de 2020.

Morais vs. Portugal, App no. 17484/15, CE:ECHR:2017:0725JUD001748415, 25 de julio de 2017.

L.E. vs. Grecia, App no. 71545/12, CE:ECHR:2016:0121JUD007154512, 21 de enero de 2016.

M. y otros vs. Italia y Bulgaria, App. no. 40020/03, CE:ECHR:2012:0731JUD004002003, 31 de julio de 2012.

O'Donoghue y otros vs. Reino Unido, App. no. 34848/07, CE:ECHR:2010:1214JUD003484807, 14 de diciembre de 2010.

Konstantin Markin vs. Rusia, App no. 30078/06, CE:ECHR:2010:1007JUD003007806, 7 de octubre de 2010.

Grzelak c. Polonia, App. no. 7710/ 02, CE:ECHR:2010:0615JUD000771002, 15 de junio de 2010.

Rantsevvs. ChipreyRusia, Appno.25965/04,CE:ECHR:2010:0107JUD002596504, 7 de enero de 2010.

Muñoz Díaz vs. España, App. no. 49151/07, CE:ECHR:2009:1208JUD004915107, 8 de diciembre de 2009.

Marckx vs. Bélgica, App no. 6833/74, CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, 13 de junio de 1979.

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tanja Kreil vs Bundesrepublik Deutschland, no. C-285/98, EU:C:2000:2, 11 de enero de 2000.

Marguerite Johnston vs. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, C-222/84, EU:C:1986:206, 15 de mayo de 1986.

Otros casos

Judge vs. Marsh, 649 F. Supp. 770 (D.D.C. 1986).

USA Federal Court of Appeals, *Jefferies vs. Harris County Community Action Association* 615 F2nd 1025 (5th Circuit 1980).

DeGraffenreid vs. General Motos Assembly Division, 413. F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976).

Phillips vs. Martin Marietta, 400 U.S. 542 (1971)

Estereotipos normativos y autonomía personal

Federico José Arena*

* Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (CIJS-UNC). Profesor de Metodología de la investigación del crimen, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba y Profesor Asociado de Filosofía y Lógica Jurídica, Universidad Blas Pascal, Córdoba, Argentina. Orcid: 0000-0001-8826-6353.

Estereotipos normativos y autonomía personal. I. Introducción; II. Estereotipos normativos; III. Las exigencias de la autonomía personal; IV. Estereotipos normativos en la jurisprudencia internacional; V. Conclusiones.

I. Introducción

El término *estereotipo* es generalmente usado para manifestar una —bien ganada— desaprobación respecto de ciertas afirmaciones o enunciados que expresan creencias acerca del mundo social. Sostener que cierto enunciado es un estereotipo suele ser suficiente para que la persona oyente lo condene. No es de extrañar que ello sea así, pues el término *estereotipo*, si bien es usado en diferentes disciplinas académicas,¹ captura por lo general un fenómeno lingüístico y social caracterizado por rasgos negativos, ya que las personas suelen asumir actitudes discriminatorias apoyadas en estereotipos. Sin embargo, esta desaprobación generalizada no debería impedirnos advertir que el fenómeno de la estereotipación es complejo, ya que los enunciados etiquetados como estereotipos son usados de diferentes formas por sus portadores. En efecto, el fenómeno al que se hace referencia cuando se usa el término *estereotipo* no se reduce a enunciados que reflejan creencias sobre los rasgos de ciertos grupos. En particular me interesa aquí hacer foco en un modo diferente de usar esos enunciados, no ya como creencias o

¹ Son usos del término que, si bien tienen un parecido de familia, no siempre poseen una carga negativa. Para la filosofía del lenguaje y de la mente pueden verse Rey, “Concepts and Stereotypes”, en *Cognition*, pp. 237-267 y Lakoff, *Cognitive Models and Prototype Theory*”, en *Concepts and Conceptual Development: Ecological and Intellectual Facts in Categorization*, pp. 63-100.

generalizaciones apresuradas acerca de los rasgos de un grupo, sino como prescripciones acerca de los roles que deberían asumir los miembros de determinados grupos. Dicho con otras palabras, muchos enunciados que llamamos estereotipos no tienen una finalidad descriptiva, sino que, en cambio, suelen tener una pretensión normativa. Así, el término *estereotipo* está asociado a enunciados con dos usos diferentes, es decir, los enunciados que suelen ser etiquetados como estereotipos son usados para realizar actos lingüísticos diferentes. Por un lado, se considera estereotipo a un enunciado usado para atribuir una propiedad a los miembros de un grupo por el solo hecho de pertenecer a ese grupo (las mujeres son débiles, los sudamericanos son holgazanes). Sin embargo, por otro lado, el término *estereotipo* hace también referencia a enunciados usados de otro modo, no para describir, sino para atribuir un rol o un deber a los miembros de un grupo, por el hecho de pertenecer a él. Por ejemplo, quien defiende el estereotipo según el cual las madres deberían ser amas de casa no afirma que la mayoría de las madres son amas de casa —o que existe una correlación estadística entre ser madre y ser ama de casa—, sino que sostiene que las madres deben asumir ese rol. Lo que busca quien enuncia esta clase de estereotipos no es describir rasgos de las personas estereotipadas, sino influir en su comportamiento para que se ajusten al rol que se les asigna.

Los siguientes dos ejemplos permiten advertir la diferencia apenas apuntada entre los enunciados que son llamados estereotipos. En el caso *Aksu vs. Turquía*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante, TEDH— tenía que decidir si la publicación de un libro y dos diccionarios, que habían recibido fondos del gobierno turco y que incluían comentarios y expresiones que reflejaban un sentimiento antigitano, implicaba un incumplimiento por parte del Estado de su obligación positiva, impuesta por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, de proteger la vida privada del demandante frente a la presunta interferencia por parte de un tercero. La interferencia se producía, según el alegato, ya que en el libro el pueblo gitano era descrito como un grupo marginal, excluido y despreciado por todos, y se agregaba que “algunos gitanos se ganan la vida como carteristas, o gracias al robo y la venta de narcóticos”.² Incluso si el

² TEDH, *Aksu vs. Turkey* [GC], núm. 4149/04 y 41029/04.

TEDH consideró que el Estado no violó el artículo 8 de la Convención Europea,³ estuvo de acuerdo con las conclusiones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia —ECRI—, según las cuales el gobierno debería combatir los estereotipos negativos referidos a los gitanos.⁴ Los enunciados aquí señalados como estereotipos son claramente generalizaciones acerca de los rasgos de un grupo: se atribuye una propiedad B (“carteristas”) a los miembros de un grupo (“gitanos”).

Por otro lado, en el *caso Sisnero*, la Corte Suprema de Justicia argentina debía decidir sobre la constitucionalidad de la práctica de excluir a las mujeres en la contratación de choferes, por parte de las empresas de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta. Las empresas no estaban preocupadas por ofrecer evidencia acerca de los rasgos de hombres y mujeres que pudieran incidir en la decisión de contratación, sino que simplemente alegaban la necesidad de que las mujeres se limitaran a ciertos roles. Tal como lo manifestó uno de los empresarios en una entrevista, luego agregada a la causa: “esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias [...]. Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos [...]. Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y [...] *no es tiempo de que una mujer maneje colectivos*”.⁵ En su dictamen, la procuradora general ante la Corte sostuvo que “el comportamiento de las empresas demandadas, en cuanto contribuye a mantener un mercado laboral sesgado por un estereotipo de género, proyecta consecuencias disvaliosas”. El estereotipo señalado aquí, que surge de las declaraciones del empresario, no se refiere a los rasgos de las mujeres —las empresas no estaban interesadas en la idoneidad—, sino que expresa una norma en virtud de la cual una persona perteneciente a cierto grupo social —las mujeres— debería desempeñar ciertas tareas o asumir determinados roles sociales —deben dedicarse a la cocina o a actividades de cuidado—.

Ambos ejemplos muestran la diferencia entre usos descriptivos y usos normativos de los estereotipos. Cuando es usado de manera descriptiva, el estereotipo

³ *Ibid.*, párr. 61.

⁴ *Ibid.*, párr. 75.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Sisnero, Mirtha Graciela y otros vs. Tadelva SRL y otros slamparo*, S. 932, XLVI, p. 7.

pretende —entre otras cosas, y más allá de que lo logre o no— ofrecer información acerca del mundo, es decir, persigue describir un estado de cosas, a saber, los rasgos de un grupo: los gitanos se dedican al carterismo; por lo que su dirección de ajuste es *estereotipo-grupo social*. Es en virtud de esto que estos estereotipos pueden ser evaluados sobre la base de su correspondencia o no con las propiedades del grupo al que se refieren. Denominaré *estereotipos usados de manera descriptiva* o —a favor de la brevedad— directamente *estereotipos descriptivos* a los enunciados usados de este modo.

Por el contrario, cuando, como en los dichos del empresario de transporte en el caso *Sisnero*, los estereotipos son usados con pretensiones normativas, funcionan como normas en virtud de las cuales se considera que una persona con determinada característica debería desempeñar ciertas tareas o asumir determinados roles sociales. Es decir, quien enuncia el estereotipo propone una relación normativa entre la conducta asociada con los miembros del grupo y el hecho de ser miembro del grupo, por lo que no tiene sentido preguntarse si los estereotipos normativos describen o no correctamente un grupo o categoría de personas.⁶ Al ser usado de este modo, el estereotipo posee en cambio una dirección de ajuste *grupo social-estereotipo*. Ello quiere simplemente decir que la falta de coincidencia entre mundo y estereotipo es, para quien lo defiende, una razón para modificar el mundo, y no una razón para modificar el estereotipo. Llamaré *estereotipos usados de manera normativa* o —también por brevedad— *estereotipos normativos* a los enunciados de este tipo. Una nota terminológica antes de continuar: la expresión *estereotipo normativo* es a veces usada para hacer referencia a roles fijados por normas jurídicas. Este no es el sentido en el que usaré la expresión aquí, ya que un estereotipo puede ser usado de manera normativa aun cuando no esté expresado por una norma jurídica y, además, como intentaré mostrar más abajo, las normas jurídicas pueden reflejar o contener tanto estereotipos descriptivos como normativos —en el sentido con el que aquí se usa esta última expresión—.⁷

⁶ Esto es compatible con que, cuando se trate de normas sociales, tenga sentido preguntarse si un grupo efectivamente sigue esa norma y, en ese caso, la respuesta dependerá de una averiguación acerca de hechos.

⁷ Los dos sentidos de *estereotipo* pueden apreciarse también en algunas afirmaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— en el caso *González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*,

Insistir sobre esta distinción es importante porque, como intentaré demostrar en el presente capítulo, esta se refleja en los diferentes valores que pueden verse afectados por el uso de estereotipos, lo que ciertamente repercute en las estrategias para enfrentar sus efectos perjudiciales. Así, por un lado, y de manera más frecuente, las demandas en contra de la discriminación que producen los estereotipos descriptivos están justificadas —o se presentan como justificadas— en el principio de igualdad. En esos casos, el problema con la estereotipación es que funciona como un mecanismo de generalización injustificada acerca de grupos, ya sea porque es falsa o porque daña el derecho a ser tratado como un individuo.

Desde el primer punto de vista, los estereotipos, en cuanto generalizaciones acerca de los rasgos que caracterizan ciertos grupos sociales, producen una afectación a la igualdad cuando son falsos, puesto que las regulaciones jurídicas que se apoyan en estereotipos falsos hacen una diferencia entre casos que no son diferentes, en sentido relevante. Por ejemplo, en el caso *Kiyutin vs. Rusia*⁸ el demandante lamentaba que su solicitud de permiso de residencia fue rechazada por el Estado ruso debido a que había dado positivo en la prueba de VIH. El TEDH comenzó por reconocer que, si bien la norma perseguía el objetivo legítimo de proteger la salud pública, el problema era que “la sola presencia de una persona seropositiva en un país no es en sí misma una amenaza para la salud pública; el VIH no se transmite casualmente sino por comportamientos específicos que incluyen intercambios sexuales y compartir jeringuillas como las principales rutas de transmisión”.⁹ El TEDH señaló que la norma se apoyaba en el estereotipo descriptivo falso según el cual las personas extranjeras con VIH se involucrarán en un comportamiento inseguro específico, lo que llevaba erróneamente a asumir que la mera presencia de una persona extranjera con VIH en un país es en sí

Serie C núm. 205, en el que se examinó la actuación de funcionarios mexicanos en casos de desaparición de mujeres en Ciudad Juárez: “los comentarios efectuados por funcionarios en el sentido de que las víctimas se habrían ido con su novio [estereotipo descriptivo] o que tendrían una vida reprochable [estereotipo normativo] y la utilización de preguntas en torno a la preferencia sexual de las víctimas constituyen estereotipos” (párr. 208).

⁸ TEDH, *Kiyutin vs. Rusia*, núm. 2700/10.

⁹ *Ibid.*, párr. 68.

misma una amenaza para salud pública.¹⁰ Dado que la generalización detrás de la norma es falsa, otorgar el permiso a quienes no son seropositivos y negar el permiso a quienes sí lo son equivale a tratar de manera diferente —otorgar-negar— a personas que no son diferentes en sentido relevante —VIH positivo no indica peligro para la salud pública—.

Desde el segundo punto de vista, los estereotipos, en cuanto tratan a las personas sobre la base de una generalización, pueden afectar el derecho a ser tratados como individuos. Por ejemplo, en el caso *Alajos Kiss vs. Hungría* el solicitante lamentó que su exclusión del registro electoral, fundada en que estaba bajo tutela parcial por depresión maníaca, constituía una privación injustificada de su derecho a votar.¹¹ El TEDH aceptó que la medida denunciada perseguía el objetivo legítimo de garantizar que solo los ciudadanos capaces de evaluar las consecuencias de sus decisiones y tomar decisiones conscientes y juiciosas deberían participar en los asuntos públicos. Además, se tuvo en cuenta que la generalización acerca de las capacidades de las personas bajo tutela era una generalización con apoyo estadístico. No obstante, el TEDH concluyó que una exclusión indiscriminada del derecho de voto, basada en una discapacidad mental, no puede considerarse compatible con los motivos legítimos para restringir ese derecho. No es compatible porque la discapacidad mental define un grupo vulnerable, y las decisiones sobre grupos vulnerables no deben tomarse sin una evaluación individualizada de las capacidades y otros rasgos de las personas que forman parte de esos grupos.¹²

Estas son las distintas formas de discriminación a las que pueden dar lugar los estereotipos descriptivos en cuanto afectan el valor de la igualdad. Pero, en otras ocasiones, lo que se busca proteger, al combatir los estereotipos, es el valor de la

¹⁰ El TEDH utilizó el término *prejuicio*: “La ignorancia sobre cómo se extiende la enfermedad ha creado prejuicios, los cuales, a su vez, han estigmatizado y marginado a aquellos que tienen el virus. En lo que se refiere a los modos de transmisión acumulados, la infección del VIH se remonta a los comportamientos —tales como intercambio sexual, inyecciones de droga, prostitución o promiscuidad— que están ya estigmatizados en muchas sociedades, creando un falso nexo entre la infección y la irresponsabilidad personal y reforzando otras formas de estigma y discriminación, tales como racismo, homofobia o misoginia” (*ibid.*, párr. 64).

¹¹ TEDH, *Alajos Kiss vs. Hungría*, núm. 38832/06.

¹² *Ibid.*, párr. 44.

autonomía.¹³ Y este es el punto que me interesa abordar en lo que queda del capítulo. La autonomía personal suele ser entendida como la posibilidad de elaborar el propio plan de vida, hacer las cosas a la manera de uno, pensar por uno mismo, etcétera. Los reclamos contra los efectos perjudiciales de los estereotipos apuntan también a situaciones que precluyen o reducen esa posibilidad. En estos casos, el problema con los estereotipos no es que ofrezcan información falsa acerca de los rasgos de un grupo o que, al generalizar, no tengan en cuenta los rasgos de cada persona individual, sino que son problemáticos porque pretenden imponer a los miembros de un determinado grupo ciertos roles u opciones de vida, lo que reduce la posibilidad de que quienes forman parte de tales grupos sociales puedan elegir entre un número mayor de opciones para formar su propia identidad o decidir sobre su curso vital. En estos casos el daño, el injusto, lo que está mal, con la estereotipación es una cierta afectación de la autonomía. Así lo dice, por ejemplo, Sophie Moreau cuando sostiene que la persona estereotipada verá limitado de “varios modos su poder de definir y dirigir su vida, de dar forma a su propia identidad y de determinar por ella misma a qué grupo pertenece y cómo ese grupo ha de ser caracterizado en público”.¹⁴

Al dañar la autonomía, los estereotipos producen un injusto también respecto de la identidad personal, *i.e.*, el modo en que la persona o el grupo pretende presentarse o ser reconocido en público. Ser miembro de un grupo está en parte constituido por normas sociales o convenciones que moldean el comportamiento, los planes y la vida de los miembros del grupo.¹⁵ Tales normas y convenciones desempeñan una función constitutiva de la identidad del grupo y de sus miembros,

¹³ Entiendo aquí autonomía personal como aquella ejercida “cuando elegimos por nosotros mismos entre un conjunto de opciones disponibles. En última instancia cuando elegimos nuestro modo de vida” (Iosa, “Introducción: Autonomía moral y autonomía política en Jan Sieckman”, en *Discusiones*, p. 8). En ese sentido, la autonomía personal se distingue de la autonomía moral, pues esta última apunta, no a nuestras elecciones, sino “a la fuente de la calificación moral de esas elecciones” (*id.*). Más abajo formularé consideraciones adicionales sobre la noción de autonomía.

¹⁴ Moreau, “The Wrongs of Unequal Treatment”, en *University of Toronto Law Journal*, p. 78.

¹⁵ Cuando este es el caso, los estereotipos normativos se caracterizan por dos rasgos, a saber, convencionalidad y constitutividad. Para más detalles V. Arena, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, pp. 51-75.

por lo que cuando los estereotipos inciden en tales normas, ya sea limitándolas o pretendiendo modificarlas, inciden en la identidad del grupo y de sus miembros.

En lo que sigue me propongo presentar con mayor detalle en qué consiste esta afectación a la autonomía y la identidad personal. A tales fines, comenzaré por introducir precisiones adicionales sobre el uso normativo de los estereotipos. En segundo lugar, propondré un modo de entender la demanda apoyada en la autonomía a partir de una concepción particular de este última y, asimismo, presentaré algunos elementos mínimos de la noción de identidad personal. Y, finalmente, propondré algunas herramientas para enfrentar casos en que, en virtud de la estereotipación social, se produzca una afectación de la autonomía y de la identidad personal.

II. Estereotipos normativos

Como adelanté en la introducción, cuando los estereotipos son usados de manera normativa, no procuran describir los rasgos de un grupo, sino que, en cambio, tienen la pretensión de establecer los roles que deberían desempeñar o los roles a los cuales no deberían tener acceso los miembros de un grupo.

Que los estereotipos poseen esta dimensión normativa cuenta con credenciales científicas, puesto que, si bien las ciencias cognitivas y la psicología se concentraron mayormente en la dimensión cognitiva de los estereotipos —es decir, en el modo en que las personas construyen categorías y clasifican el mundo social—, el uso normativo de los estereotipos también ha sido observado en esas investigaciones. Los artículos al respecto son numerosos. Por ejemplo, Diana Burgess y Eugene Borgida¹⁶ defienden la existencia de la distinción, a partir de numerosos resultados de experimentos y trabajos de laboratorio sobre estereotipos de género. Además, señalan las diferencias observadas entre ambos usos de estereotipos, tanto respecto de las consecuencias discriminatorias, como respecto de su

¹⁶ V. Burgess y Borgida, “Who Women Are, Who Women Should Be. Descriptive and Prescriptive Gender Stereotyping in Sex Discrimination”, en *Psychology, Public Policy, and Law*, pp. 665-692.

funcionalidad. Así, los estereotipos descriptivos producen un tipo de discriminación en virtud del cual las mujeres no son reconocidas por sus propias características individuales, sino sobre la base de un estereotipo. Los estereotipos normativos, en cambio, producen un tipo especial de discriminación que consiste, por lo general, en algún tipo de reproche hacia la mujer que viola las normas compartidas acerca de cómo debería comportarse. Por ejemplo: “las mujeres que violan estereotipos prescriptivos sobre la feminidad son castigadas, ya sea a través de un acoso ambiental hostil o a través del menosprecio acerca de su rendimiento”.¹⁷ Un indicio para advertir la intervención de un estereotipo normativo es que la discriminación se produce no como resultado de una falla del portador en el procesamiento de la información disponible o en algún modo sesgado de obtenerla, sino que incluso cuando la información ha sido correctamente recolectada y procesada, la discriminación se produce para de algún modo castigar a la mujer que muestra, efectivamente, violar los estereotipos normativos o prescriptivos.

Estas autoras sostienen que los estereotipos descriptivos y normativos poseen las siguientes diferencias: primero, los estereotipos descriptivos suelen estar estrechamente vinculados con las capacidades o habilidades de la mujer, mientras que los estereotipos normativos están más vinculados con sus modos de relacionarse interpersonalmente. Segundo, mientras los estereotipos descriptivos se caracterizan por tener un origen cognitivo, el surgimiento de los normativos se produce típicamente por razones emotivas. Precisamente en virtud de esta última diferencia: tercero, los estereotipos descriptivos suelen funcionar de manera automática, para organizar el torrente de información que llega a nuestros sentidos, tal como lo hace la mayoría de las categorías aprendidas por socialización, mientras que los estereotipos normativos suelen ser esgrimidos de manera consciente y explícita por sus portadores.¹⁸ Y, por último, cuarto, los estereotipos normativos, destinados a fijar el rol de las mujeres, suelen estar asociados a la pretensión —o al miedo— de no perder el propio lugar de privilegio por parte de quien estereotipa.

¹⁷ *Ibid.*, p. 667.

¹⁸ *Cf. Ibid.*, pp. 682-884.

Un caso en el que las investigaciones en ciencias cognitivas sobre estereotipos se introdujeron por primera vez en ámbito jurídico es *Price Waterhouse vs. Hopkins*, resuelto por la Corte Suprema estadounidense en 1989. En esa ocasión, la American Psychological Association —APA— presentó un *amicus curiae* señalando, entre otras cosas, la importancia de distinguir entre estereotipos descriptivos y normativos acerca de las mujeres.¹⁹ En ese caso se trataba de determinar si la importante empresa de contadores Price Waterhouse había denegado a la señora Hopkins el ascenso a la categoría de socio sobre la base de estereotipos sexuales. Price Waterhouse era una importante empresa de contaduría con oficinas en todo el país, y Hopkins, luego de cinco años en la firma y habiendo obtenido sucesivos éxitos en su trabajo, había sido propuesta, siguiendo el procedimiento de la empresa, para ascender a la categoría de socia. El procedimiento preveía que los socios de la empresa —más de seiscientos, de los cuáles solo siete eran mujeres— enviaran por escrito sus comentarios acerca de cada una de las personas candidatas —88 ese año, de los cuales solo Hopkins era mujer—. No era obligatorio que todos los socios enviaran comentarios; en este caso, solo 32 socios se refirieron a la candidatura de Hopkins. A pesar de los logros de Hopkins, y a pesar de recibir evaluaciones positivas (13) —y también negativas (8)—, la Junta resolvió aplazar la decisión sobre su ascenso hasta el año siguiente. La persona que le comunicó esta noticia a Hopkins le dijo, a modo de explicación de las razones de esa decisión de la Junta, que sus oportunidades para ascender mejorarían “si caminase de manera más femenina, hablara de manera más femenina, se vistiese de manera más femenina, usara maquillaje, llevase peinado de peluquería y usase alhajas”.²⁰ Durante el año siguiente la empresa le comunicó a Hopkins que finalmente su ascenso no sería reconsiderado. En ese momento Hopkins renunció, comenzó a trabajar en el Banco Mundial y decidió demandar a la empresa. En el procedimiento judicial se probó que en uno de los comentarios enviados por el resto de los socios se le describía como “macho”, en otro se sugería que “sobreactuaba por ser una mujer” y un tercero le recomendaba “hacer un curso

¹⁹ V. Asociación Americana de Psicología, “In the Supreme Court of the United States: Price Waterhouse vs. Ann B. Hopkins. Amicus curiae for the American Psychological Association”, en *American Psychologist*, pp. 1061-1070.

²⁰ Corte Suprema de Estados Unidos, *Price Waterhouse vs. Hopkins*, 490 U.S. 228, 235.

en una escuela de encanto”.²¹ La Corte Suprema, en decisión adoptada por mayoría, concluyó que:

La estereotipación en este caso no consistió simplemente en comentarios aislados. Por el contrario, Hopkins demostró que Price Waterhouse invitó a los socios a enviar sus comentarios; que algunos comentarios eran el producto de estereotipos sexuales; que una importante parte de la decisión de la Junta sobre Hopkins se apoyó en esos comentarios; y que en ningún caso Price Waterhouse expresó su desacuerdo con esas valoraciones basadas en el sexo.²²

Lo interesante aquí es que, en su *amicus curiae*, la APA sostuvo que “los estereotipos tienen dos características. Primero, especifican los atributos característicos de cada sexo. Segundo, dictan cuáles son los comportamientos apropiados para hombres y mujeres”.²³ Y agrega: “los estereotipos descriptivos caracterizan a las mujeres de una manera que socava su competencias y efectividad; los estereotipos normativos etiquetan como desviadas a las mujeres cuyo comportamiento resulta inapropiadamente masculino”.²⁴ Y al etiquetarlas como desviadas, presionan para que se adecúen a la norma y las penalizan si no lo hacen, lo cual se traduce en una reducción de las opciones disponibles para las personas estereotipadas, en este caso, para las mujeres, precluyendo la posibilidad de acceder a cargos directivos o jerárquicos, tradicionalmente considerados como reservados a los hombres.

A veces, la incidencia de estereotipos normativos se manifiesta abiertamente en la formulación de las normas jurídicas. Por ejemplo, en la Argentina de principios del siglo pasado, las valoraciones sobre los hijos tenidos fuera del matrimonio incidían en el rol que hombres y mujeres debían tener dentro de la forma tradicional de concebir la familia. La categoría de hijos ilegítimos incluía, por un lado, a los hijos naturales —de padres no casados, pero sin impedimentos legales

²¹ *Ibid.*, 235.

²² *Ibid.*, 251. De la opinión del juez Brennan, por la mayoría.

²³ Asociación Americana de Psicología, *op. cit.*, p. 13 (la página corresponde a la versión oficial del *amicus curiae*).

²⁴ *Ibid.*, p. 16 (la página corresponde a la versión oficial del *amicus curiae*).

para hacerlo— y, por otro lado, a los hijos adulterinos —de padres no casados, pero con impedimento por matrimonio previo— y a los hijos incestuosos —de padres no casados, pero con impedimento por parentesco—. ²⁵ La ley reconocía derechos únicamente a los hijos legítimos, mientras que a los ilegítimos los arrojaba en una situación de desamparo. Solo los naturales tenían derecho a ser reconocidos por el padre y por la madre, podían solicitar la investigación de la filiación y tenían derecho a una porción de la herencia de sus padres hasta la cuarta parte de lo que correspondiere a los hijos legítimos. Los adulterinos e incestuosos, en cambio, no tenían derecho a alimentos ni derechos sucesorios; ni siquiera podían exigir el reconocimiento por parte de sus progenitores. Solo podían reclamar alimentos si habían sido reconocidos, voluntariamente, por algún progenitor. Esta regulación legal se apoyaba, ciertamente, en un conjunto de estereotipos tradicionales acerca de cómo debía estar constituida la familia y cuáles eran los roles de cada uno de sus miembros.

Pero otras veces, la incidencia de estereotipos normativos puede ocultarse detrás de normas que pueden parecer neutrales al respecto. Este escondite de los estereotipos normativos puede advertirse en un famoso caso litigado por la entonces abogada Ruth Ginsburg ante la Corte Suprema de Estados Unidos: el caso *Wiesenfeld*. ²⁶ En ese caso, un hombre reclamaba la ayuda económica destinada a permitir a las viudas quedarse en su casa, cuidando a sus hijos, cuando fallecía el marido, sostén económico de la familia. El señor Wiesenfeld solicitaba la ayuda dado que su mujer, principal sostén económico de la familia, había fallecido al dar a luz a su primer hijo. La solicitud fue rechazada por la administración puesto que las leyes otorgaban el beneficio únicamente a las mujeres. Lo particular del caso fueron los alegatos de los abogados de la Secretaría de Salud, Educación y Bienestar, quienes sostuvieron que el reclamo de Wiesenfeld no era creíble, sino más bien casi cómico, ya que era muy difícil creer que un hombre, con título universitario, prefiriese quedarse en su casa a cuidar su bebé, en lugar de salir a

²⁵ Una cuarta categoría, dentro de los hijos ilegítimos, era la de hijos sacrílegos —de padres no casados de los cuales, al menos, uno había realizado votos de castidad—. Esta categoría había sido derogada en 1889, con la Ley de Matrimonio Civil.

²⁶ Corte Suprema de Estados Unidos, *Weinberger vs. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636.

trabajar. La Corte, si bien no utilizó el término *estereotipo*, sostuvo que la legislación se apoyaba en una “sobregeneralización” según la cual son las mujeres las que cuidan a los niños, mientras que son los hombres quienes trabajan. Ginsburg sostuvo, en cambio, algo diferente: que en este caso la normativa simplemente reproducía el estereotipo según el cual las mujeres, y no los hombres, debían dedicarse a las tareas de cuidado. El argumento de Ginsburg fue que una legislación de ese tipo, incluso si a primera vista se trata de una norma que otorga un derecho a las mujeres, fomentaría el estereotipo de género según el cual las mujeres deben asumir el rol de cuidadoras de familiares dependientes, inválidos o ancianos; y el estereotipo correlativo según el cual corresponde a los hombres proveer el sustento familiar, llevando el pan al hogar. Leyes de este tipo, continúa el argumento, perjudican a las mujeres incluso si fuese cierto que la mayoría de ellas están a cargo del cuidado de los niños o los ancianos. Y ello es así, pues tanto mujeres como hombres tienden a tomar decisiones acerca de sus cursos vitales teniendo en cuenta las oportunidades y derechos que el ordenamiento jurídico les concede. Regulaciones legales de este tipo hacen que esas decisiones se tomen bajo la influencia del estereotipo, lo cual termina fomentando la desigualdad estructural que implica imponer diferentes roles a hombres y mujeres, en lugar de atacar los estereotipos de género que han reducido las opciones para las mujeres —y también para los hombres—.²⁷

Una cuestión similar abordó la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana —SCJN— al resolver el Amparo Directo en Revisión 6043/2016. En ese caso, el marido había solicitado la pensión por viudez debido al fallecimiento de su

²⁷ La estrategia de Ginsburg no estuvo exenta de críticas. Varias teóricas feministas señalaron que lo único que lograba una estrategia de ese tipo era, por un lado, mejorar la situación de los hombres —ya que se les extendían derechos antes limitados a mujeres— y, por otro lado, se trataba de una estrategia meramente asimilacionista, es decir, se concentraba únicamente en la mera igualdad simple o formal, limitándose a exigir un trato igual sin distinción de sexo. Cuando en realidad, sostenían las críticas, el problema era atacar las causas sustantivas de la desigualdad, que provocaban el estatuto subordinado de la mujer dentro del sistema legal y de la sociedad. Por ejemplo, V. Baer, “Advocate on the Court: Ruth Bader Ginsburg and the Limits of Formal Equality”, en *Rehnquist Justice: Understanding the Court Dynamic*; y MacKinnon, “Reflections on Sex Equality Under Law”, en *Yale Law Journal*, pp. 1281-1328. Para una defensa de Ginsburg sobre este punto, sosteniendo que su batalla también era sustantiva, quizás no directamente antisubordinación, pero sí antiestereotipos, V. Franklin, “The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law”, en *New York University Law Review*, pp. 83-173.

esposa, trabajadora en el Instituto Mexicano del Seguro Social —IMSS—. El pedido del marido fue rechazado puesto que el artículo 14 del Régimen de Pensiones y Jubilaciones del Contrato Colectivo de Trabajo —entre el IMSS y el Sindicato Nacional de los Trabajadores del Seguro Social —SNTSS—, condicionaba el otorgamiento de la pensión por viudez en favor del cónyuge varón a que este acreditase que se encuentra totalmente incapacitado y que depende económicamente de su esposa finada, algo que el solicitante no había demostrado. En cambio, esta condición no se exigía cuando el fallecido fuese el marido y quien solicitara la pensión por viudez fuese la esposa.²⁸ La Corte declaró inconstitucional esa norma contenida en el Convenio Colectivo de Trabajo en virtud, precisamente, de que, a pesar de que expresamente concedía un derecho a las mujeres, alentaba un estereotipo de género que termina perjudicando tanto a hombres como a mujeres. Así, sostuvo que:

Una aproximación `anti-estereotipos´ frente a los casos de género [...] implica priorizar la eliminación de concepciones estereotipadas respecto de los roles de género. Ello en el convencimiento de que adoptar una postura de este tipo implica tener una firme convicción de que la igualdad de género nunca se alcanzará mientras nuestras leyes y políticas públicas sigan promoviendo concepciones tradicionales del rol que la mujer y el hombre `deben jugar´ en la sociedad.²⁹

Creo que los ejemplos apenas mencionados, junto a los resultados de las investigaciones en ciencias cognitivas, permiten considerar fundada la afirmación hecha en la introducción, según la cual los enunciados concebidos como estereotipos funcionan a veces como normas, más o menos rígidas, sobre el rol de una categoría de personas.

La finalidad de la próxima sección es presentar con algo más de detalle la noción de autonomía y su relación con la identidad personal, de modo tal de poder

²⁸ Este tipo de diferencias entre los titulares de pensión había sido discutido y declarado inconstitucional en sentencias anteriores: Amparo Directo en Revisión 881/2007 —donde se discutía la legislación que, otorgando la pensión a la viuda, el viudo o la concubina, la negaba al concubino— y el amparo en revisión 664/2008.

²⁹ SCJN, Amparo Directo en Revisión 6043/2016, p. 16.

identificar los daños que pueden producir los estereotipos normativos. El punto central es que solo de ese modo podemos advertir la relación e incidencia de los estereotipos con los diferentes modos en que las personas se identifican con ciertas categorías sociales, los roles que estas involucran y su autonomía.

III. Las exigencias de la autonomía personal

El valor de la autonomía personal tiene un lugar central en la constelación de valores que un ordenamiento jurídico debería procurar instanciar. Como señala Silvina Álvarez, ello se debe a que está íntimamente relacionada con valores que apuntan “al ideal de la emancipación, del autogobierno; a la realización de la libertad individual a través del ejercicio consecuente de la racionalidad práctica; a la fundamentación de su contrapartida, la responsabilidad; a la igualdad entendida como consideración y respeto por las elecciones individuales; a la diferencia que emana de las decisiones de las personas”.³⁰

Sin embargo, la vinculación entre los reclamos contra los estereotipos y la autonomía puede resultar extraña para quienes conozcan la historia de la batalla contra los estereotipos de género, en particular aquellos normativos. En efecto, como vimos en el caso *Wiesenfeld*, las primeras batallas legales contra los estereotipos normativos se apoyaban en la idea de que las formas legales tendían a promover y perpetuar formas de organización social opresivas, tanto para hombres como para mujeres.³¹ En el contexto de esa batalla, la idea de autonomía era vista con sospecha. Se consideraba que las concepciones tradicionales de la autonomía apuntaban a un ideal de “individuo que se hace a sí mismo” y que, en la cultura occidental, sobre todo, solo podía ser alcanzado por hombres blancos, ricos y

³⁰ Álvarez Medina, “La autonomía personal y la autonomía relacional”, en *Análisis filosófico*, p. 14.

³¹ En otro caso famoso litigado por Ginsburg, un hombre, único cuidador de su madre, reclama su derecho a una ayuda económica. La ayuda no estaba disponible porque la ley se limitaba a cubrir la situación de una mujer, una viuda o divorciada, o un esposo cuya esposa está incapacitada o institucionalizada, mientras que el defendido por Ginsburg era un hombre que nunca se había casado. Ginsburg argumentó que la igualdad simple o formal no era suficiente para detener los efectos dañinos de los estereotipos de género en este caso, porque simplemente reproducía el estereotipo según el cual las mujeres deberían cuidar a familiares dependientes, inválidos y ancianos (Corte de Apelaciones del décimo circuito, *Moritz vs. Comm’r*, 469 F.2d 466, 467).

heterosexuales,³² ya que las oportunidades y recursos necesarios para instanciar la exigencia de la autorrealización no estaban a disposición de quienes no poseyeran esos atributos. De todos modos, si se los mira más de cerca, estos cuestionamientos parecen mejor leídos como críticas dirigidas contra ciertas concepciones mínimas de la autonomía. Una concepción mínima es aquella que se limita a fijar, como condiciones necesarias y suficientes para la autonomía, el actuar siguiendo los propios deseos y creencias. Desde este punto de vista, la persona autónoma es simplemente un sujeto racional, que conociendo sus propios deseos actúa, sin interferencias, de modo instrumentalmente adecuado, sobre la base de sus propias creencias, para alcanzarlos. Este modo de entender al sujeto autónomo no tiene en cuenta la posibilidad de que los propios deseos y creencias sean consecuencia de un sistema de opresión que reduzca, precisamente, las aspiraciones de un amplio conjunto de personas y, además, no les ofrezca un conjunto de opciones valiosas entre las que elegir. En este sentido, no parece correcto considerar autónoma la decisión o acción de alguien que ha sido objeto de opresión o manipulación y que enfrenta un conjunto disvalioso de opciones,³³ ya que los deseos y creencias a partir de los cuales esa persona actúa no son el resultado de un proceso reflexivo y libre, sino que han sido modelados por el contexto opresivo del que es víctima. Además, en esos contextos, dada la escasez de opciones, las personas no tienen la posibilidad de elegir entre alternativas significativas que sean expresivas del modo en que quieren vivir o presentarse ante los demás. El hecho de poner atención no solo en el vínculo entre deseos, creencias y acción, sino también en el proceso de formación de los primeros y en la calidad de las opciones, introdujo un cuestionamiento adicional a las concepciones tradicionales de autonomía. Este cuestionamiento apuntaba a que las concepciones

³² V. Code “The Perversion of Autonomy and the Subjection of Women: Discourses of Social Advocacy at Century’s End”, en *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*: “[El ideal de autonomía] ha generado un imaginario social-político-epistémico visiblemente poblado por el maximizador racional autosuficiente, el agente moral autónomo, el conocedor abstracto y desinteresado, el hombre racional económico del capitalismo tardío, para mencionar los tropos más familiares; y se encuentra invisiblemente poblado por otros menos relevantes, en cuanto imperfectamente autónomos” (la traducción es propia).

³³ Las críticas feministas a la idea de autonomía apuntaban a la tensión con la “intuición femenina” según la cual no son autónomas las preferencias que resultan de la influencia de normas opresivas sobre la feminidad. V. Stoljar, “Autonomy and the Feminist Intuition”, en Mackenzie y Stoljar, *op. cit.*, pp. 94-111.

tradicionales no tienen en cuenta los aspectos sociales en la construcción de la propia personalidad —familia, amistades, colegas de estudio o trabajo, vecinos del lugar de residencia, etcétera—. Sin necesariamente llegar a postulados metafísicos más robustos, esta crítica se dirige a señalar la falta de consideración de las relaciones con otras personas en la determinación de la autonomía de cada individuo.³⁴ Es decir, la idea de autonomía como autorrealización se apoya en una concepción extremadamente individualista o insular de la persona, en la que el punto de partida y el destino de cada una está determinado únicamente por sus decisiones y sus acciones. En cambio, cuando se advierte la incidencia del proceso de formación de deseos y creencias y de la calidad de las opciones en el ejercicio de la autonomía, ha de considerarse inevitablemente el conjunto de relaciones en las que la persona está inserta y que contribuyen a constituir esos deseos, creencias y opciones. El ideal de autonomía que surge de estas discusiones es por lo tanto más robusto.³⁵

Así, la concepción de la autonomía que esté detrás de los reclamos contra los efectos perjudiciales de los estereotipos normativos ha de incorporar la capacidad de reflexionar e identificarse con las propias actitudes, deseos y creencias, en el contexto de las relaciones establecidas con los demás. Ello no quiere decir que la autonomía se vea afectada siempre que tales deseos y creencias sean el resultado de la socialización o de la pertenencia a un grupo. Tales procesos grupales acerca de los roles de cada persona no afectan la autonomía siempre que deseos, creencias y valores no resulten de la manipulación y siempre que los destinatarios hayan tenido la posibilidad de reflexionar sobre ellos y, en su caso, los hayan asumido como propios.³⁶

De este modo, el ideal de autonomía aquí esbozado incluye la posibilidad de que las personas se identifiquen, reflexionen sobre y asuman normas de identidad grupales, es decir, normas que constituyen y definen en qué consiste ser miembro

³⁴ V. Mackenzie y Stoljar, *op. cit.*

³⁵ Para una defensa del ideal en términos de racionalidad, independencia y opciones relevantes, V. Álvarez Medina, *op. cit.* N. 30.

³⁶ Friedman, *Autonomy, Gender, Politics*, p. 14.

de un determinado grupo. La identidad de ciertos grupos está, en parte, definida por normas que imponen roles a ciertos tipos de personas, es decir, que ser miembro de ciertos agregados sociales implica comportarse según normas que definen el comportamiento de quienes participan en el grupo. No todos los estereotipos normativos cumplen esta función constitutiva, pero sí es necesario advertir que algunos de ellos definen la identidad de un grupo. Ciertamente, tales normas, en cuanto especifican los roles que corresponden a cierto tipo de miembros del grupo, constituyen un límite a las opciones disponibles, pero también le dan significado a un conjunto nuevo de opciones que no estarían disponibles si tales normas grupales no existiesen. Por ejemplo, según Appiah, toda identidad colectiva posee la siguiente estructura:

(a) Un conjunto de términos o etiquetas que sirven como criterios de adscripción al grupo —es decir, permiten reconocer a algunas personas como miembros del grupo—. A esos términos se encuentran asociados estereotipos de diferentes tipos, tanto descriptivos como normativos.³⁷

(b) Identificación como miembro del grupo, es decir, pensarse a sí mismo como miembro del grupo. Es por ello que la identidad tiene una dimensión narrativa que consiste en insertar mi historia personal dentro de ciertos patrones —ritos religiosos, viajes— y dentro de historias más amplias —lugar de nacimiento, contexto familiar—.

(c) Reconocimiento por parte de los demás como un miembro del grupo. Existen modos de comportamientos que consisten en tratar a una persona de cierto modo, en parte, porque es miembro de un grupo determinado.³⁸

³⁷ Appiah distingue entre rasgos que supervienen a ciertas identidades y rasgos que constituyen esas identidades. Por ejemplo, es cierto que personas con antepasados askenazí tienen más probabilidad de contraer la enfermedad de Tay-Sachs, pero esto es un rasgo que superviene a la identidad de askenazí puesto que, si mediante tratamientos fuera posible evitar esta transmisión genética, la identidad no se vería alterada, es decir, no es un rasgo constitutivo (V. Appiah, *La ética de la identidad*, p. 120).

³⁸ Cf. Appiah, *op. cit.*, pp. 117-121, y “Stereotypes and the Shaping of Identity”, en *California Law Review*, pp. 41-53.

La cuestión de la identidad ha suscitado intensos debates y luchas políticas en las últimas décadas —aun cuando haya quienes piensan que las demandas basadas en la identidad colectiva comienzan a difuminarse en virtud de los problemas asociados a ellas—. ³⁹ La discusión entre distintas concepciones y el recuento de las batallas por la identidad exceden por mucho lo que puede ser abordado en este capítulo. Aquí no es necesario defender una posición u otra acerca de la relevancia política de la identidad colectiva, pero sí es importante advertir la conexión, por un lado, entre autonomía e identidad personal y, por otro, entre estereotipos normativos y normas que definen categorías de personas o identidades grupales. Esta conexión ya ha sido advertida por la SCJN mexicana en numerosas decisiones. Basta como ejemplo lo dicho en la Acción de Inconstitucionalidad 29/2018, en la que se discutía la constitucionalidad de los artículos 140 y 148 del Código Civil para el Estado de Nuevo León, en cuanto establecían que solo podían contraer esponsales (art. 140) y matrimonio (art. 148) “el hombre y la mujer”. Una de las razones por las que la Corte consideró que esa legislación era ilegítima desde el punto de vista constitucional fue que, al restringir las opciones disponibles para las personas homosexuales, excluyéndolas de la institución del matrimonio y los esponsales, afectaban la dignidad humana, que comprende el derecho al libre desarrollo de la personalidad —o autonomía—. En esa ocasión sostuvo:

derivado del derecho fundamental a la dignidad humana se encuentran el libre desarrollo de la personalidad; es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; la de procrear hijos y decidir cuántos, o bien, decidir no tenerlos; la de escoger su apariencia personal, así como su libre concepción sexual.⁴⁰

Y, a continuación, estableció el vínculo entre la autonomía y la identidad personal, al sostener que “dentro de los derechos fundamentales se encuentra el derecho a la identidad personal y sexual, entendiéndose por el primero, el derecho de todo individuo a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de

³⁹ V. para un análisis de este punto de vista, Heyes, “Identity Politics”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

⁴⁰ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 29/2018, p. 24.

los demás, de acuerdo con sus caracteres físicos e internos y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad y permiten identificarlo”.⁴¹

Una primera consecuencia de esta vinculación entre autonomía e identidad es que la protección de la autonomía no puede ser reducida a acciones producidas dentro del ámbito doméstico, es decir, cuyo resultado no tenga efectos en el exterior del propio hogar, más allá de las posibles consecuencias, o a acciones del ámbito exclusivo de lo mental. Ello es así, puesto que las decisiones y acciones que son el resultado del ejercicio de la autonomía, en búsqueda de la propia identidad, van más allá de las cuatro —o más o menos— paredes que puedan constituir la propia morada. Incluso más, es precisamente en las interacciones públicas, como la elección del trabajo, de la escuela donde estudiar, de la propia vestimenta, de las personas y los fines con los cuales asociarse, donde está en juego el modo en que las personas buscan ser reconocidas por los demás, consecuencia, en parte, del ejercicio de la propia autonomía, pues las normas y regularidades de comportamiento que constituyen la identidad personal se llevan a cabo tanto fuera del propio domicilio privado como en relación con terceras personas. La protección debería entonces extenderse a aquellas acciones que son el ejercicio de la propia autonomía, es decir, que manifiestan la reflexión o identificación de las personas con ciertas actitudes, deseos o creencias, incluidas las normas que definen la pertenencia y los roles dentro de un grupo.

Ahora bien, ¿qué tipo de protección debe ofrecer el ordenamiento jurídico frente a los estereotipos normativos? ¿Cómo podrían los estereotipos normativos atentar contra la autonomía así entendida? Para avanzar en una respuesta, en la próxima sección analizo algunas decisiones jurisdiccionales.

IV. Estereotipos normativos en la jurisprudencia internacional

En la jurisprudencia de tribunales internacionales se observa una creciente sensibilidad hacia los efectos perjudiciales de la categorización social, en particular

⁴¹ *Id.*

los derivados del uso de estereotipos. Así, tanto la Corte IDH como el TEDH han incorporado desde hace ya varios años la teoría jurídica y social de los estereotipos.⁴² Con la expresión “teoría acerca de los efectos perjudiciales de los estereotipos” me refiero al conjunto de tesis acerca de cómo los estereotipos producen discriminación y acerca de cómo el ordenamiento jurídico internacional exige combatirlos.⁴³

Como adelanté con los ejemplos mencionados más arriba, estos tribunales han ya procurado enfrentar los efectos perjudiciales de los estereotipos cuando son usados como generalizaciones falsas acerca de los rasgos de un grupo. Pero en el conjunto de esa jurisprudencia es posible advertir también el tipo de demanda asociada con la exigencia de contrarrestar los efectos perjudiciales de los estereotipos usados de manera normativa. Me refiero a la exigencia tanto de no restringir las opciones disponibles como de no incidir en las elecciones realizadas por cierto grupo de personas. Ello en cuanto buena parte de las elecciones efectuadas por una persona determinan el modo en que procura presentarse en público. Es decir, se trata de que el Estado le reconozca ese modo de presentarse y que no intente imponerle otros. Por ejemplo, en el caso de *Konstantin Markin vs. Russia*, el solicitante, basándose en el artículo 14 en relación con el artículo 8 de la Convención Europea, lamentaba que las autoridades nacionales le habían negado la licencia por nacimiento porque pertenecía al sexo masculino.⁴⁴ Las leyes militares rusas concedían al personal femenino un derecho a tres años de licencia por maternidad. El personal masculino, en cambio, tenía únicamente derecho a una licencia de hasta tres meses si su esposa fallecía en el parto o si estaba criando a un hijo o hijos menores de 14 años —o hijos discapacitados menores de 16 años— que se quedasen sin cuidado materno —en caso de muerte de la madre, abandono de la patria potestad, enfermedad prolongada u otras situaciones en

⁴² Creo que las dos sentencias que analizaré son representativas de la jurisprudencia de ambos tribunales internacionales. Para un análisis más extendido V. Timmer, “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, pp. 707-738; y Fernández Valle, “Aproximación a las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública*, pp. 31-47.

⁴³ Fundamental para el desarrollo de esa teoría fue el libro de Rebecca Cook y Simone Cusack, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. V. también Franklin, *op. cit.* N. 27; y Timmer, *op. cit.*

⁴⁴ TEDH, *Konstantin Markin vs. Rusia* [GC], núm. 30078/06.

las que sus hijos no tuviesen atención materna—. A favor de esta regulación, el gobierno ruso argumentó que, dado que la licencia por paternidad incide en la cantidad de personal militar disponible, no podía otorgarse a todo el personal. De lo contrario, no podría garantizarse la efectividad operacional del ejército y, en consecuencia, quedaría en riesgo la seguridad nacional. El gobierno también afirmó que es valioso que las mujeres cuiden a sus hijos y que los hombres sigan trabajando. Por lo tanto, la licencia por nacimiento debe concederse solo a las mujeres.⁴⁵

Para precisar el modo en que los estereotipos normativos pueden esconderse detrás de normas jurídicas resulta de utilidad recurrir a la distinción de Frederick Schauer entre tres niveles en la estructura de las normas generales: objetivo —o valor—, generalización descriptiva —o predicado fáctico— y prescripción —o norma propiamente dicha—.⁴⁶ Consideremos un ejemplo sencillo acerca de la alimentación de personas celiacas:

- (i) Objetivo: es valioso proteger el sistema digestivo.
- (ii) Generalización: la presencia de la propiedad *producto sin la etiqueta “libre de gluten”* hace que sea más probable que la propiedad “producto con gluten” también esté presente.
- (iii) Prescripción —norma general—: si producto sin la etiqueta “libre de gluten”, entonces su consumo está prohibido.

⁴⁵ El Tribunal Constitucional de Rusia declaró que “al conceder, bajo condiciones excepcionales, el derecho de permiso por maternidad solo a las mujeres del servicio, el legislativo tuvo en cuenta, en primer lugar, la limitada participación de las mujeres en el servicio militar, y en segundo lugar, el papel social especial de las mujeres asociado a la maternidad” (*ibid.*, párr. 34).

⁴⁶ En palabras de Schauer, “El predicado fáctico de una regla consiste en una generalización percibida como causalmente relevante respecto de alguna meta que se persigue o de algún mal que se busca evitar. La prescripción de esa meta o la proscripción de ese mal constituyen la justificación que determina qué generalización conformará el predicado fáctico de la regla”. (Schauer, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, p. 86). Tomo la formulación de Schauer por razones de simplicidad, lo cual no quiere decir que no haya otros teóricos que hayan propuesto herramientas similares. V. por ejemplo, Atienza y Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*.

Esta distinción en tres niveles tiene la ventaja de que permite advertir cómo la selección de las propiedades relevantes se realiza teniendo en cuenta una generalización que permite que la norma general realice un valor o meta. La elección de la característica *sin rótulo “libre de gluten”* como propiedad relevante se apoya en una generalización según la cual esa característica está relacionada con otra “contiene gluten”. La generalización permite identificar la propiedad relevante que ha de ser incluida en la norma general para que esté adecuadamente conectada con el valor o fin que la justifica. De este modo, las normas generales funcionan seleccionando determinadas características del mundo —propiedades relevantes— que, mediante una generalización, se consideran adecuadamente vinculadas con el fin o el valor que la norma persigue realizar a través de la solución normativa.

Volviendo al *caso Konstantin Markin*, la estructura normativa en el caso podría reconstruirse, simplificando, de la siguiente manera:

- (i) Objetivo (1): es valioso proteger la seguridad nacional manteniendo la efectividad operativa del ejército.
- (ii) Generalización: la reducción del número de personal debido a licencia por paternidad/maternidad afecta la efectividad operativa del ejército.
- (iii) Objetivo (2): las mujeres deben ocuparse de la crianza de los hijos y los hombres, del sustento de la familia [estereotipo normativo].
- (iv) Norma: la licencia por paternidad/maternidad se otorga solo al personal femenino.⁴⁷

El TEDH admitió que el fin perseguido por el legislador, a saber, la protección de la seguridad nacional es legítimo,⁴⁸ pero sostuvo lo siguiente:

⁴⁷ Por supuesto, también hay estereotipos descriptivos en juego aquí.

⁴⁸ TEDH, *Konstantin Markin vs. Rusia* [GC], núm. 30078/06, párrafo 147.

no se puede justificar la diferencia de trato en cuestión sobre la base de las tradiciones imperantes en un determinado país. El Tribunal ya ha declarado que los Estados no pueden imponer un reparto tradicional de roles entre los sexos ni estereotipos ligados al género [referencias internas omitidas].

[...]

Los estereotipos ligados al sexo, como la idea de que son las mujeres quienes se ocupan de los niños, mientras que los hombres ganan dinero, no puede, en sí misma constituir una justificación válida de la diferencia de trato en cuestión, de la misma manera como tampoco lo pueden los estereotipos de mismo tipo basado (*sic*) en la raza, origen, color u orientación sexual.⁴⁹

Regresando al continente americano, la Corte IDH, en el caso *Atala Riffo*, debía determinar, entre otras cuestiones, si el Estado chileno había violado la Convención Interamericana al denegar la tenencia de sus hijas a la señora Atala Riffo en virtud de la orientación sexual de esta última. La Corte advirtió la incidencia de estereotipos normativos y señaló que:

el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia —la “familia tradicional”—.⁵⁰

Y agregó:

la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción ‘tradicional’ sobre el rol social de las mujeres

⁴⁹ *Ibid.*, párrs. 142-143. El TEDH también abordó los estereotipos normativos en otros casos donde la noción de “vida familiar” estaba en juego, como en el caso de *ZH y RH vs. Suiza*, núm. 60119/12, CEDH —en ese caso, el juez Nicolaou, en su opinión disidente, se refirió explícitamente a los estereotipos que pueden estar involucrados en la definición de “vida familiar”—.

⁵⁰ Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, párr. 145.

como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad.⁵¹

Aquí, a diferencia del *caso Markin*, no se discutía si una norma general estaba apoyada en un estereotipo normativo, sino si una decisión individual, la de la Corte Suprema de Chile, había sido tomada sobre la base de un estereotipo normativo. Para advertirlo basta con recurrir a la estructura estándar de la decisión judicial:

(i) Norma: es valioso que niñas y niños crezcan en una familia estructurada normalmente.

(ii) Estereotipo normativo 1: las madres deben siempre renunciar a su propia realización en beneficio de la crianza de sus hijos.

(iii) Estereotipo normativo 2: dado (i) y (ii), las madres lesbianas deben renunciar a la realización de su orientación sexual en beneficio de la crianza de sus hijas o hijos.

(iv) Hecho: la señora Atala Riffo no renunció a realizar su orientación sexual.

(iv) Decisión: la señora Atala Riffo no tiene derecho a la crianza de sus hijas.

El problema con los estereotipos normativos de esta clase es que restringen las opciones de la persona estereotipada y limitan así sus posibilidades de elección entre diferentes modos de llevar adelante su propia vida. Tal como indica Sophie Moreau:

Una persona a la que se le ha negado un beneficio sobre la base de un estereotipo [normativo] ha sido definida públicamente por la imagen que otro grupo tiene de

⁵¹ *Ibid.*, párr. 140.

ella. En lugar de permitirle presentarse a sí misma y a su circunstancia tal como ella las entiende, ha sido presentada de una manera elegida por otros. Y bajo ciertas circunstancias esto lesionará su autonomía.⁵²

Los estereotipos normativos, en cuanto persiguen determinar los roles de cierto grupo de personas dentro de una sociedad, pueden ser opresivos en más de un sentido. En primer lugar, en virtud de cierto efecto manipulador y oclusivo, es decir, la existencia de estereotipos impedirá que las personas afectadas adviertan la posibilidad de ejercer roles diferentes y terminen por aceptar los roles impuestos sin haber podido reflexionar sobre ello y, dado el caso, identificarse con tales roles o renunciar a ellos. Por ejemplo: el estereotipo normativo del empresario salteño, mencionado en la introducción, según el cual las mujeres deberían quedarse en sus casas o ejercer oficios que no dañen la “suavidad de sus manos”. Este estereotipo busca impedir que las mujeres tengan siquiera la posibilidad de cuestionar la imposición de ese rol analizando otras alternativas. Además, los estereotipos normativos, al excluir para ciertos grupos de personas la posibilidad de ejercer ciertos roles, reducen las opciones que esos grupos poseen para diseñar su propio curso de vida. El estereotipo detrás de las normas rusas sobre la licencia por nacimiento es un claro ejemplo, ya que, al otorgar mejores licencias a las madres, una pareja terminará decidiendo distribuir de ese modo la carga parental para aprovechar el beneficio, lo que reducirá la posibilidad de que las mujeres opten por su carrera profesional. Lo mismo sucede con el estereotipo de la Corte Suprema de Chile acerca de las mujeres lesbianas, según el cual la opción de criar a sus hijas y, al mismo tiempo, realizar su orientación sexual no está disponible. O con el estereotipo normativo sobre cuya base se considera que las personas homosexuales no deberían acceder a la posibilidad de contraer matrimonio.

⁵² Moreau, *op. cit.* N. 14, p. 299. Tanto en *Konstantin Markin* como en *Atala Riffo* estaba también en juego la igualdad, en el sentido siguiente: en ambos casos se tomaron decisiones a partir de generalizaciones falsas, o no apoyadas en evidencia empírica, sobre, en el primer caso, la incidencia de las licencias por paternidad en el número de militares disponibles y, en el segundo caso, los efectos de una crianza homoparental en las niñas. La igualdad se veía afectada pues, siendo esas generalizaciones falsas —o carentes de apoyo empírico—, se daba un trato diferente a casos que no tenían ninguna diferencia relevante, *i. e.*, que eran iguales en sentido relevante.

Ahora bien, así como hay estereotipos normativos que pretenden restringir y, de hecho, restringen las opciones de las personas imponiendo ciertos roles, hay otras normas que, en cuanto son aceptadas e incorporadas al proyecto vital de las personas, definen su propia identidad y el grupo al que pertenecen. En *Atala Riffo* la Corte IDH advirtió, si bien usando otras palabras, esta relación entre identidad y autonomía, al concluir que “la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”;⁵³ es decir, parte de las decisiones en ejercicio de la autonomía involucran la aceptación de normas que desempeñan una función constitutiva de la identidad de ciertos grupos. Ello en cuanto ser miembro de ciertos agregados sociales implica comportarse según normas que definen el comportamiento de quienes participan en el grupo. En este sentido, aquello que constituye, en parte, el ser miembro de ese grupo es precisamente observar esas normas.⁵⁴

La función de estas normas es claramente independiente del valor que posean las acciones o categorías que definen y regulan, es decir que, al igual que las normas del ajedrez o del boxeo, crean nuevas posibilidades de comportamiento, independientemente del valor que asignemos a cada juego; también las normas que definen al padre de familia, a la bailarina de *striptease* y a la profesora universitaria definen clases de personas, independientemente del valor que asignemos a cada una de esas identidades. Así, incluso los estereotipos de *hombre-heterosexual* y *madre-ama de casa* definen categorías de personas, en virtud de los roles que atribuyen a cada una de ellas, independientemente del valor que posean las acciones que constituyen cada uno de esos roles. Es en virtud de esta doble relación entre normas que imponen roles sociales, la identidad y la autonomía personal, que los estereotipos normativos se encuentran en el centro de la tensión entre opresión y reconocimiento.

⁵³ Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, párr.136.

⁵⁴ Estas normas, que definen cómo las personas deberían comportarse en determinadas situaciones, pueden ser entendidas como convenciones o normas sociales, más o menos explícitas (V. Akerlof y Kranton, *Identity Economics. How Our Identities Shape Our Work, Wages, and Well-being*, p. 11; y, en el mismo sentido, Appiah, *La ética de la identidad*).

Un estereotipo normativo es opresivo cuando pretende imponer ciertos roles a los miembros de un grupo que se resisten a ellos, sometiéndolos así a una elección identitaria en la que no se reconocen. En estos casos, los estereotipos afectan la autonomía de las personas o grupos que resisten la norma y la atribución de los roles que presupone. La otra cara de esta moneda es que el respeto de los estereotipos que definen los roles en los que los miembros de un grupo se identifican resulta indispensable para reconocer la identidad del grupo en cuestión. Estas normas moldean el comportamiento de las personas y algunas actividades no se describirían de la misma manera sin la existencia del estereotipo. Ignorar estos estereotipos priva a algunos comportamientos del significado que un grupo o una persona les asigna.

Llegados a este punto, ¿cómo lidiar entonces con los estereotipos normativos para impedir que se produzca alguno de estos efectos perjudiciales sobre la autonomía y la identidad? Sin ánimo de cerrar la posibilidad de que existan otras soluciones y otras formas de abordaje, un modo de proceder que parece adecuado según el análisis hecho hasta aquí es el siguiente.

El primer paso debe ser de tipo pedagógico-filosófico. Esto resulta indispensable puesto que parte del problema con los estereotipos normativos es que las personas que pretenden imponerlos no advierten su naturaleza contingente. Es decir, las personas suelen concebir —o presentar— la distribución de roles en la sociedad como algo dado, natural o necesario. Ello puede deberse a numerosas razones, ya sea por influencia cultural, por ideas religiosas o por mera estrategia de dominación. Por ello, en primer lugar, cuando se advierte la presencia de un estereotipo normativo ello debe ser explícitamente advertido, señalado y explicado, buscando no solo que quien estereotipa entre seriamente en contacto con el grupo afectado y procure conocerlo para así reconsiderar sus ideas acerca de los roles de ese grupo, sino también con la finalidad de dar la posibilidad a las personas estereotipadas de que reflexionen sobre esos roles que se les atribuyen, si todavía no lo han hecho, y de que puedan considerar otras opciones y así decidir autónomamente el curso de su vida o moldear su propia identidad.

Un segundo paso, analítico, es distinguir entre estereotipos normativos internos y externos. El estereotipo es interno cuando los sujetos que sostienen el estereotipo son a su vez los destinatarios. El estereotipo es externo cuando esa coincidencia no se produce. Dicho con otras palabras, los estereotipos normativos son internos cuando el grupo B acepta una norma Z que define los roles y la identidad de los miembros del mismo grupo B. Son externos cuando el grupo A acepta una norma Y que define los roles y la identidad de los miembros del grupo B. Sobre la base de esta distinción podemos volver a la tensión entre la opresión y el reconocimiento. Por un lado, hay dos sentidos en los que un estereotipo normativo es opresivo. Primero, es opresivo cuando pretende imponer un estereotipo externo a un grupo y, segundo, es opresivo cuando pretende imponer un estereotipo interno a un miembro individual. Por lo tanto, el problema con los estereotipos normativos aumenta cuando imponen una elección identitaria a una persona o a un grupo que se resiste a ella. En estos casos, los estereotipos afectan la autonomía de las personas o grupos que resisten la norma y la atribución de los roles que presupone. Por otro lado, el respeto de los estereotipos internos parece indispensable para reconocer la identidad del grupo en cuestión. Como se dijo, los estereotipos normativos moldean el comportamiento de las personas. Algunas actividades no se describirían de la misma manera sin la existencia del estereotipo. Ignorar estos estereotipos priva a algunos comportamientos del significado que un grupo o un individuo les asigna. El reconocimiento, en cambio, requiere entender el significado que tiene tal comportamiento para aquellos cuya identidad está constituida por el estereotipo.

Esto no resuelve todos los problemas. La distinción propuesta entre estereotipos opresivos y estereotipos de reconocimiento permite, al menos, identificar la relación de estereotipos normativos —externos e internos— con el valor de la autonomía personal y la identidad, lo cual no precluye la posibilidad de que esos valores deban luego ser medidos según su relación con otros valores del ordenamiento. Porque aún es necesario determinar si basta, para hacer que un estereotipo normativo sea aceptable, que lo siga un grupo o cada uno de sus miembros. En este sentido, podría ser necesario considerar la relación entre la identidad, la autonomía y otros valores, como la dignidad o la igualdad misma. Un ejemplo

de análisis en este sentido lo constituye la decisión de la SCJN mexicana en el Amparo Directo en Revisión 5465/2014. Allí se trataba de decidir la constitucionalidad de la condena a un hombre, que se autoatribuyó la identidad indígena, como autor de un delito sexual en perjuicio de una niña de 12 años. En esa decisión la Corte abordó un número bastante amplio de cuestiones complejas —si existe o no un momento oportuno para la autoatribución de la identidad indígena, las consecuencias de la autoatribución, el modo de identificar las costumbres y normas de una comunidad determinada, entre otras—. Aquí resulta especialmente relevante lo sostenido por la Corte hacia el final de su resolución respecto de la legitimidad de las costumbres indígenas. El condenado sostuvo que en la comunidad indígena a la que pertenece existe una norma consuetudinaria que permite —o volvería irreprochable— sostener relaciones sexuales con una niña de 12 años cuando se tiene la pretensión de integrar una familia. Al respecto la Corte sostuvo que “una de las protecciones constitucionales que deriva del artículo 2º constitucional, fracción VIII, en materia de acceso a la justicia, es la consideración del sistema de usos y costumbres [indígenas], cuya vigencia se documente con los medios adecuados”.⁵⁵ Asimismo, hizo propias las palabras de la Corte IDH, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, y sostuvo que “garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de las personas sujetas a su jurisdicción, los Estados, al interpretar y aplicar su normativa interna, deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”.⁵⁶ Sin embargo, y este es el punto central aquí, señaló que “las normas del derecho consuetudinario indígena estarán, en todo tiempo, sujetas, tal como el resto de las disposiciones que integran nuestro régimen jurídico, a examen constitucional, convencional y legal para decidir sobre su pertinencia y aplicabilidad en casos concretos —dentro del necesario diálogo intercultural para definir el significado y contenido de los derechos”.⁵⁷ En particular

⁵⁵ SCJN, Amparo Directo en Revisión 5465/2014, párr. 82.

⁵⁶ Citado como aparece en *ibid.*, párr. 94.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 86.

“la aplicación de los usos y costumbres indígenas no puede ser una excusa para intensificar la opresión, incluso al interior de las comunidades indígenas, de aquellos miembros tradicionalmente excluidos, como mujeres, (sic) niños y niñas o personas con discapacidad; entre otros colectivos históricamente desaventajados. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de la protección frente a la violencia contra las mujeres, como causa y consecuencia del derecho a la igualdad y a la no discriminación, donde las costumbres culturales no pueden justificar dichas prácticas, y respecto de las cuales la comunidad no podrá escudarse en el pluralismo jurídico para legitimarlas.⁵⁸

En virtud de estas consideraciones, la Corte concluyó entonces que, aun cuando se probara que la costumbre alegada por el acusado se encontrase efectivamente vigente en su comunidad de pertenencia y que, por lo tanto, formase parte de la identidad de esa comunidad, ello no bastaría para considerarla válida y aplicable, ya que no pueden ser consideradas tales las costumbres que no pasan un examen de constitucionalidad, como aquellas que reproducen la opresión de ciertas personas dentro de determinados grupos.

V. Conclusiones

Los reclamos contra los efectos perjudiciales de los estereotipos tienen ya una larga historia y han sido objeto de tratamiento teórico desde diferentes perspectivas. En este capítulo he intentado mostrar que es necesario distinguir, tanto en el discurso de los operadores jurídicos como desde un punto de vista conceptual, dos clases de estereotipos. Por un lado, aquellos que tienen la pretensión, aunque fracasen, de ofrecer información acerca de las características de determinado grupo y de cada uno de sus miembros —y que he llamado estereotipos descriptivos—. Por otro lado, aquellos que definen y constituyen los roles que deben desempeñar las personas que pertenecen a determinada categoría o grupo social —y que he llamado estereotipos normativos—. El reclamo contra estos últimos se apoya en el valor de la autonomía personal, es decir, en la necesidad de proteger las opciones vitales de las personas frente a estereotipos que, o bien pretenden

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 89.

imponerles ciertos roles, o bien pretenden negar reconocimiento a las normas que las personas eligen o aceptan para moldear su propia vida e identidad y dar significado a sus acciones. En estos casos, esos estereotipos son opresivos. Estos reclamos son diferentes a aquellos basados en el valor de la igualdad, al menos cuando esta última es entendida como tratar de manera igual a casos que poseen rasgos relevantes similares. Un estereotipo produce un daño a la igualdad cuando o bien describe de manera falsa a un grupo y, por lo tanto, promueve una diferencia injustificada, o bien no trata a las personas como individuos.

Frente a la sospecha de la incidencia de un estereotipo normativo detrás de una práctica social o de una norma, en este capítulo he avanzado la siguiente propuesta para procurar evitar una afectación en la autonomía o identidad de las personas. El primer paso consiste en señalar el estereotipo, asumiendo una perspectiva filosófico-pedagógica destinada a hacer notar a quien estereotipa la naturaleza contingente —no necesaria ni conceptual ni natural— de la norma que defiende acerca de los roles sociales de un grupo. Dado que los estereotipos normativos desempeñan un papel fundamental en la construcción de identidades, el segundo paso consiste en distinguir entre aquellos opresivos y aquellos aceptados por quienes los aceptan para construir su identidad. Cuando los estereotipos normativos son internos, es decir, cuando se trata de normas aceptadas por el mismo grupo que es también el destinatario, no está prohibido recurrir a ellos para justificar una práctica o una norma. Más aún, es obligatorio recurrir a ellos para reconocer la identidad de ese grupo. Por otro lado, deben evitarse y, por lo tanto, cuestionarse las prácticas y las normas que se apoyen en estereotipos normativos opresivos. Un estereotipo normativo es opresivo cuando tiene la pretensión de imponer un rol a una persona o a un grupo que no lo acepta. Desde mi punto de vista, proteger la autonomía frente a posibles avasallamientos por parte del Estado o terceros quiere decir que las decisiones que son el resultado del ejercicio de la autonomía personal no pueden ser lesionadas, atacadas o impedidas por estereotipos acerca de los roles de ciertas personas, como tampoco pueden ser atacadas las elecciones autónomas de asumir ciertos roles, dentro de ciertos grupos.

Bibliografía

Akerlof, G. A. y Kranton, R. E., *Identity Economics. How Our Identities Shape Our Work, Wages, and Well-being*, Princeton University Press, Princeton 2010.

Álvarez Medina, S., “La autonomía personal y la autonomía relacional”, *Análisis filosófico*, vol. 35, núm. 1, 2015.

Asociación Americana de Psicología, “In the Supreme Court of the United States: Price Waterhouse vs. Ann B. Hopkins. Amicus curiae for the American Psychological Association”, *American Psychologist*, 46, 1991.

Appiah, K. A. “Stereotypes and the Shaping of Identity”, *California Law Review*, vol. 88, núm. 1, 2000.

_____, *La ética de la identidad*, Katz, Buenos Aires, 2007.

Arena, F. J., “Los estereotipos normativos en la decisión judicial”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 29, núm. 1, 2016.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000.

Baer, J., “Advocate on the Court: Ruth Bader Ginsburg and the Limits of Formal Equality”, en E. M. Maltz, (ed.), *Rehnquist Justice: Understanding the Court Dynamic*, University Press of Kansas, Lawrence, 2003.

Burgess, D. y Borgida, E., “Who Women Are, Who Women Should Be. Descriptive and Prescriptive Gender Stereotyping in Sex Discrimination”, *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 5, núm. 3, 1999.

Code, L., “The Perversion of Autonomy and the Subjection of Women: Discourses of Social Advocacy at Century’s End”, en C. Mackenzie y N. Stoljar (eds.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Cook, R. J. y Cusack, S., *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Bogotá, 2010.

Fernández Valle, M. (2018), “Aproximación a las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana”, *Revista Institucional de la Defensa Pública*, vol. 8, núm. 14, 2018.

Franklin, C., “The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law”, *New York University Law Review*, vol. 85, 2010.

Friedman, M., *Autonomy, Gender, Politics*, Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 2003.

Heyes, C., “Identity Politics”, en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020.

Iosa, J., “Introducción: Autonomía moral y autonomía política en Jan Sieckman”, *Discusiones*, vol. 17, núm. 2, 2017.

Lakoff, G., “Cognitive Models and Prototype Theory”, en U. Neisser (ed.), *Concepts and Conceptual Development: Ecological and Intellectual Factors in Categorization*, Cambridge University Press, Nueva York, 1987.

Mackenzie, C. y Stoljar, N. (eds.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Mackinnon, C. A., “Reflections on Sex Equality Under Law”, *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991.

Moreau, S., “The Wrongs of Unequal Treatment”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 54, núm. 3, 2004.

Rey, G., “Concepts and Stereotypes”, *Cognition*, vol. 15, 1983.

Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Stoljar, N. (2000), “Autonomy and the Feminist Intuition”, en C. Mackenzie y N. Stoljar (eds.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Timmer, A. (2011), “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 11, núm. 4, 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Atala Riffo y niñas vs. Chile, Serie C núm. 239 y 254, sentencia de 24 de febrero de 2012.

González y otras (“Campo algodonero”) vs. México, Serie C núm. 205, sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Corte Suprema de Estados Unidos

- *Price Waterhouse vs. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989), 235.
- *Weinberger vs. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636 (1975).

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Sisnero, Mirtha Graciela y otros vs. Tadelva SRL y otros s/amparo, S. 932. XLVI, 20/05/2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (SCJN)

- Acción de Inconstitucionalidad 29/2018.
- Amparo Directo en Revisión 6043/2016.
- Amparo Directo en Revisión 5465/2014.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

- *ZH y RH vs. Suiza*, núm. 60119/12, CEDH, 8 de diciembre de 2015.
- *Konstantin Markin vs. Rusia* [GC], núm. 30078/06, 22 de marzo de 2012.
- *Aksu vs Turkey* [GC], núm. 4149/04 and 41029/04, ECHR, 15 de marzo 2012.
- *Kiyutin vs. Rusia*, núm. 2700/10, 11 de marzo de 2011.
- *Alajos Kiss vs. Hungría*, núm. 38832/06, 20 de mayo de 2010.

Estereotipos y hechos en el proceso

Federico José Arena*

* Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (CIJS-UNC). Profesor de Metodología de la investigación del crimen, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba y Profesor Asociado de Filosofía y Lógica Jurídica, Universidad Blas Pascal, Córdoba, Argentina. Orcid: 0000-0001-8826-6353.

Estereotipos y hechos en el proceso. I. Introducción; II. Aproximación a las contribuciones de la perspectiva de género para abordar los estereotipos en el razonamiento probatorio; III. Normas sociales y generalizaciones en el razonamiento probatorio; IV. Volviendo al razonamiento probatorio; V. Conclusiones.

I. Introducción

Si bien —tal como ya se ha señalado en varias ocasiones en este manual— los estereotipos, en cuanto generalizaciones acerca de los rasgos de grupos sociales, pueden, a veces, ser sostenibles si cuentan con apoyo estadístico, lo cierto es que reflejan, en general, las preconcepciones que el hablante tiene acerca del mundo y las personas que lo habitan. Quien usa estereotipos sufre de cierta holgazanería epistémica, ya que se recuesta en la comodidad de formas enlatadas de ver el mundo y recurre apresuradamente a atajos para percibir y comprender lo que tiene alrededor. Esas preconcepciones son con frecuencia resistentes al cambio, y la situación se agrava porque los estereotipos no solo gozan de inmunidad frente a evidencia contraria, sino que, además, el portador —es decir, quien lo usa—¹ suele revisar la evidencia recolectada —descartándola o deformándola— para poder sostener su estereotipo. Es decir —para usar una expresión filosófica— mientras que por lo general el rasgo que caracteriza a una creencia es que debe ajustarse a cómo es el mundo y que, por lo tanto, si no coincide con este último, la creencia debe ser modificada, los estereotipos, a pesar de tener, en muchos casos, la misma pretensión descriptiva de las creencias, tienden a invertir esa

¹ De ahora en más, usaré el término *portador* para referirme a la persona que estereotipa, es decir, que usa el estereotipo.

dirección de ajuste, haciendo que, si el mundo no coincide con el estereotipo, entonces se deforme la evidencia para poder mantenerlo. De este modo, en primer lugar, los estereotipos son resistentes tanto frente a la ausencia de evidencia estadística que los corrobore como, incluso, frente a la presencia de evidencia estadística que los refuta. Pero las dificultades no se terminan cuando un estereotipo posee base estadística porque, en segundo lugar, también suelen ser resistentes a la información que exige abandonarlos en un caso individual. Por ejemplo, en Argentina es bastante común el estereotipo según el cual los inmigrantes de países limítrofes saturan los servicios públicos de salud. Ese estereotipo es ampliamente compartido, a pesar de que sus portadores no cuentan con información al respecto. Además, el hecho de que exista información estadística pública acerca del bajísimo nivel de incidencia de inmigrantes en el sistema de salud tampoco ha logrado combatir ese estereotipo, que sigue apareciendo en los medios de comunicación. Ciertamente, es por ello que, los estereotipos confieren tranquilidad a sus portadores, pues gracias a esa inmunidad ninguna de sus expectativas podrá ser defraudada y así el mundo no presentará ningún desafío.

Dados estos rasgos y esa manera de funcionar, una empresa epistémica, es decir, una empresa que tenga por objetivo conocer hechos, puede verse obstaculizada o, cuanto menos, distorsionada por la influencia de estereotipos. Ciertamente, dado que algunos estereotipos pueden ser sostenibles, es decir, pueden contar con base estadística que los apoye, no todos producirán este efecto distorsivo. La influencia puede aparecer tanto en el contexto de descubrimiento como en el de justificación, es decir, los estereotipos pueden influir tanto en el modo en que una persona percibe o reconstruye los hechos —descubrimiento—, como en el modo en que una persona elabora un razonamiento para defender los enunciados acerca de los hechos, que considera verdaderos —justificación—. En estas dos modalidades, los estereotipos también pueden infiltrarse en el razonamiento probatorio de la persona juzgadora y, en ciertas ocasiones, producir una distorsión.

La influencia en el contexto de descubrimiento es, en realidad, inevitable e indispensable. Las categorías, y las generalizaciones apoyadas en ellas, son un componente básico de la manera en que pensamos, actuamos, percibimos y hablamos. Los sistemas conceptuales están organizados en términos de categorías, y una gran

parte de nuestro pensamiento implica su uso. Es bastante común que las personas elijan un aspecto comprensible o fácilmente perceptible de un fenómeno y lo utilicen para referirse al fenómeno en su conjunto.² Además, la categorización es una característica adaptativa, por lo general automática, que libera a nuestra capacidad cognitiva de parte de su carga y le permite realizar otras tareas. Una vez que incluimos un ítem en una categoría, podemos asociarlo a una gran cantidad de información previa, sin necesidad de obtener esa misma información en el caso actual.³ Ciertamente, lo mismo sucede cuando esas categorías se refieren a grupos sociales, y por eso los estereotipos funcionan de esta manera.⁴

De todos modos, en este capítulo me concentraré en la incidencia de los estereotipos en el razonamiento que la persona juzgadora debe elaborar para justificar la premisa menor o premisa fáctica de su decisión, y me referiré solo ocasionalmente a los problemas vinculados con el contexto de descubrimiento.⁵ Además, tampoco abordaré otros momentos del proceso probatorio que pueden verse afectados por estereotipos, como la recolección de la evidencia, la selección de las pruebas pertinentes e incluso la formulación inicial de hipótesis de investigación.⁶

La posibilidad de que los estereotipos se filtren en el razonamiento que la persona juzgadora ofrece para justificar la premisa fáctica de su decisión es alta, dado el estrecho vínculo entre estereotipos y generalizaciones —apenas mencionado y ya abordado con mayor detalle en otros capítulos de este manual—, y dado el papel inevitable que, como veremos, desempeñan las generalizaciones en el razonamiento

² V. Rosch y Lloyd, *Cognition and Categorization*.

³ V. Mervis y Rosch, “Categorization of Natural Objects”, en *Annual Review of Psychology*, pp. 89-115.

⁴ Se pueden encontrar buenas compilaciones de trabajos sobre estereotipos en ciencias cognitivas y psicología en Stangor, *Stereotypes and Prejudice*; y Nelson, *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*.

⁵ Por ello, no me referiré aquí a un problema ulterior y que ha adquirido centralidad en la discusión teórica reciente. Me refiero a la incidencia de los sesgos implícitos. Los sesgos implícitos funcionarían, si las investigaciones empíricas al respecto resultan finalmente bien fundadas, de manera inconsciente y sin control por parte del sujeto. Me he referido a ellos en Arena, “Acerca de la relevancia de las investigaciones sobre sesgos implícitos para el control de la decisión judicial”, en *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas*, pp. 157-186. V. también, Páez, “Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales”, *ibid.*, pp. 187-221.

⁶ Un abordaje detallado y bien argumentado de la incidencia de estereotipos en esos momentos procesales puede verse en Zaldívar *et al.*, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, pp. 173-204.

probatorio. Efectivamente, más allá de los diferentes modos en que los teóricos de la prueba reconstruyen el razonamiento probatorio, en todos ellos se señala el papel indispensable que desempeñan las generalizaciones en la justificación del paso de los datos probatorios a los hechos probados —o a la creencia en la existencia del hecho o a la aceptación de la existencia del hecho—. Por ejemplo, Taruffo señala que “las generalizaciones son necesarias en cada paso del razonamiento sobre las pruebas y sobre los hechos, pues constituyen, en muchos casos, la premisa de las inferencias que conectan los datos probatorios con los hechos”.⁷ Para ilustrar el modo en que las generalizaciones inciden en cada paso del razonamiento probatorio me apoyaré en una forma bastante extendida de esquematizar ese razonamiento. En este sentido, Terence Anderson, David Schum y William Twining proponen concebir al razonamiento probatorio del siguiente modo:

Los argumentos [probatorios] están constituidos por pruebas, hipótesis, y enunciados llamados generalizaciones que justifican los enlaces entre la prueba y las hipótesis. Metafóricamente, un argumento es una cadena de razonamiento que va desde la prueba hasta la hipótesis. Los eslabones en estas cadenas corresponden a las etapas o los pasos del argumento. Cada eslabón plantea una fuente posible de duda o incerteza [...] Una hipótesis es una proposición que tiene que ser probada (un *probandum*). Las *probanda* [proposiciones a ser probadas] se presentan en diferentes niveles de un argumento. Un *probandum* es siempre una proposición que, en principio, puede mostrarse como verdadera o falsa.⁸

Para comprender esta cita conviene recordar que la forma estándar a la que puede ser reconducida una norma jurídica es la de un condicional, donde el antecedente es una clase de casos y el consecuente la solución normativa; por ejemplo: *Si homicidio entonces obligatorio pena de reclusión*. El antecedente determina los hechos que hay que probar para poder subsumir el caso bajo proceso dentro de la norma. Los hechos por probar estarán ciertamente descriptos por un enunciado complejo,

⁷ Taruffo, *Simplemente la verdad*, p. 74.

⁸ Anderson et al., *Análisis de la prueba*, p. 94. La elección de estos autores nada implica respecto de la viabilidad o superioridad de otras formas de modelizar el razonamiento probatorio. Por ejemplo, otros autores recurren al esquema de Toulmin para ofrecer un modelo del razonamiento probatorio (V. González Lagier, *Quaestio Facti*).

en el ejemplo: *causar intencionalmente la muerte de otra persona*, que Anderson Schum y Twining llaman *último probandum* o *probandum final*. “En los casos penales, por ejemplo, un *probandum* final incluye todas las condiciones que la fiscalía debe probar que son verdaderas más allá de toda duda razonable para justificar una condena”.⁹ Es decir, el enunciado o *probandum* final contiene todos los hechos que la norma jurídica ha indicado como relevantes para su aplicación. A los fines de la tarea probatoria, ese enunciado final ha de ser descompuesto en enunciados más simples. Siguiendo con el ejemplo: *realizar la acción de matar, tener la intención de matar, causar la muerte*. Esos enunciados más simples son los enunciados a probar, denominados por Anderson, Schum y Twining, *probanda penúltimas*.

Los enunciados a probar son entonces enunciados que describen los hechos más simples que, en conjunto, conforman el hecho que figura en el antecedente de la norma. La prueba de la verdad de las proposiciones penúltimas es una exigencia fundamental de la justicia del procedimiento dentro de la tradición racionalista de la prueba. A diferencia de la tradición persuasiva, la tradición racionalista considera que la finalidad principal del proceso judicial es lograr la correcta aplicación del derecho sustantivo y, para ello, entre otras exigencias, es necesario que la persona juzgadora aplique la consecuencia normativa si y sólo si se han verificado los hechos relevantes previstos por la norma. La verificación de esos hechos puede únicamente ser constatada si son verdaderas las proposiciones que los describen. La búsqueda de la verdad, mediante métodos racionales, es entonces uno de los presupuestos indispensables para lograr la correcta aplicación del derecho sustantivo.

Lo que nos interesa aquí es que las generalizaciones desempeñan un papel fundamental para lograr ese objetivo, ya que funcionan como eslabones entre los elementos probatorios y los enunciados a probar, es decir, entre la prueba y los enunciados que describen los hechos a probar. Parafraseando un ejemplo de Anderson *et al.*, piénsese en el enunciado “El acusado se encontraba dentro de la

⁹ Anderson *et al.*, *op. cit.*, p. 94.

casa cuando se produjo el homicidio a las 16 horas”. La prueba puede obtenerse a partir de los datos probatorios: “El testigo A dice haber visto entrar al acusado a las 15:50” y “El testigo B dice haber visto salir al acusado a las 16:10”, y la generalización, “Las personas que visitan un lugar suelen permanecer de corrido en él”.¹⁰

Y es precisamente en este traje de generalizaciones que los estereotipos pueden colarse en el razonamiento de la persona juzgadora, al momento de evaluar los distintos elementos probatorios producidos en la causa. Por ejemplo, en un informe de la Defensoría General de la Nación de Argentina, titulado *Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia penal y violencia de género*, las autoras señalan numerosos ejemplos de decisiones judiciales que atentaron contra los derechos de las víctimas de violencia de género, tanto respecto de la recolección adecuada de la prueba —falta de exhaustividad y traslado a la víctima del deber de investigar—, como respecto de la evaluación del propio testimonio de la víctima. En un caso en particular, y a pesar de que la víctima había solicitado no encontrarse frente a frente con el victimario, el Tribunal oral interviniente valoró negativamente la actitud que mantuvo la víctima durante el careo con el acusado, puesto que “escuchó a[l imputado] impasible” y “no lo contradijo” cuando este indicó que la víctima le había proporcionado un preservativo,¹¹ evidenciando así el Tribunal el uso de un estereotipo acerca de cómo debería reaccionar una víctima de violación. Es decir, a partir del elemento probatorio constituido por lo que sucedió durante el careo entre víctima y acusado —la víctima “escuchó a[l imputado] impasible” y “no lo contradijo”— y recurriendo al estereotipo/generalización *las verdaderas víctimas de violación reaccionan y contradicen a su victimario cuando lo escuchan decir ciertas cosas*, concluyeron que la víctima mentía y que, por lo tanto, el enunciado/*probandum* penúltimo *el acto sexual no fue consentido* era falso.

Ahora bien, dado que las generalizaciones son indispensables, resulta imperativo precisar por qué es ilegítimo apoyar el razonamiento sobre un estereotipo. Solo

¹⁰ El ejemplo es una reformulación de uno propuesto en *ibid.*, pp. 131-132.

¹¹ Asensio *et al.*, *Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia penal y violencia de género*, p. 93. La decisión mencionada es la sentencia del 9 de noviembre de 2007 del Tribunal Oral en lo Criminal núm. 26.

de ese modo será posible identificar de qué manera impedir que ello suceda. En este capítulo defenderé la idea de que, en ámbito probatorio, el problema central con los estereotipos es que, cuando son insostenibles u opresivos, distorsionan la percepción de la realidad por parte de la magistrada o magistrado y terminan incidiendo negativamente en la finalidad de alcanzar la verdad. Para avanzar en este sentido, el capítulo estará dividido en las siguientes secciones. A continuación, introduciré brevemente algunas contribuciones de la perspectiva de género en el ámbito de la teoría de la prueba. Ello se debe a que la incidencia de los estereotipos en el derecho en general —y en el razonamiento probatorio en particular— ha sido uno de los puntos que más ha preocupado a la epistemología feminista. En ese contexto han sido fundamentales los análisis del modo estereotipado en que, con frecuencia, resulta valorado el testimonio de víctimas de abuso sexual (sección II). Luego, sobre la base de esos primeros elementos, intentaré precisar de manera analítica los escondites de los estereotipos en el razonamiento probatorio, recurriendo a una distinción ya efectuada en este manual, que aquí será brevemente recordada, entre usos descriptivos y normativos de los estereotipos (sección III). En la última sección (IV), propondré algunos esquemas conceptuales y otras herramientas para identificar los estereotipos en el razonamiento probatorio y procurar evitar sus efectos perjudiciales para los fines del proceso. Por último, cerraré el capítulo con una breve conclusión.

II. Aproximación a las contribuciones de la perspectiva de género para abordar los estereotipos en el razonamiento probatorio

Si bien el riesgo de la influencia de estereotipos insostenibles u opresivos en el razonamiento judicial es bastante extendido, su incidencia más negativa suele producirse cuando se trata de evaluar elementos probatorios relacionados con personas que pertenecen a alguno de los siguientes grupos: mujeres, extranjeras, trans, trabajadoras sexuales, entre otros.¹² No sorprende entonces que quienes

¹² Basta solo recordar además la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos — Corte IDH— sobre casos que involucran discriminación a estos grupos, como el caso “campo algodonero” (*Caso González y otras vs. México*) y el caso *Atala Riffo (Atala Riffo y niñas vs. Chile)*, entre muchos otros.

con mayor insistencia señalaron los peligros de los estereotipos para el razonamiento probatorio fueran los movimientos feministas dentro del derecho y, en particular, las proponentes de la epistemología jurídica feminista o perspectiva de género dentro de la teoría de la prueba. En esta sección introduciré algunos elementos de esa propuesta teórica, pues creo que su tratamiento resulta indispensable para avanzar en el análisis que interesa en este capítulo. No pretendo ofrecer una reconstrucción acabada y precisa de las tesis y la historia de la epistemología feminista; aquí quisiera simplemente poner en contexto la exigencia de evitar los estereotipos en el razonamiento probatorio. De todos modos, vale la pena aclarar que esto no quiere decir que solo si se asume la perspectiva de género resulta obligatorio combatir los estereotipos en el razonamiento probatorio. Si los estereotipos pueden ser un obstáculo para la búsqueda de la verdad, evitarlos es una exigencia que se sigue de toda posición que asume que el conocimiento de la verdad es uno de los fines principales del proceso probatorio, tal como lo hace, por ejemplo, la concepción racionalista de la prueba mencionada más arriba. La importancia de la perspectiva de género se debe, en cambio, a que puso precisamente el foco en ese fenómeno.¹³

Comúnmente, se entiende que introducir la perspectiva de género en un ámbito conlleva un doble compromiso. Primero, el compromiso por la igualdad de género y, segundo, el compromiso por privilegiar enfoques que reflejen las experiencias concretas de las mujeres.¹⁴ Dentro de esta caracterización genérica, me parece posible describir la propuesta de esa perspectiva, dentro de la teoría de la prueba, mediante dos tesis centrales:¹⁵

¹³ Aun cuando, como señalé antes, dentro de la epistemología feminista hay quienes defienden una concepción racionalista y quienes no.

¹⁴ “La palabra [feminista] puede ser usada para hacer referencia a investigaciones sobre las construcciones sociales, pasadas y presentes, de ‘mujer’ y, más específicamente, investigaciones comprometidas con el principio de que esas construcciones sociales no deberían llevar a la desigualdad o la opresión” (Childs y Ellison, “Evidence Law and Feminism”, en *Feminists Perspectives on Evidence*, p. 5). La traducción es propia. V. también, Orenstein, “Feminism and Evidence”, en *Feminist Jurisprudence, Women and the Law. Critical Essays, Research Agenda, and Bibliography*, p. 510.

¹⁵ Ciertamente, estas no son las únicas tesis asociadas a la perspectiva feminista sobre prueba. No he mencionado aquí aquellas que son, desde mi punto de vista, más generales o de mayor alcance pues no las considero representativas de esa perspectiva ya que son compartidas por otras orientaciones no necesariamente feministas. Me refiero a la tesis según la cual no hay hechos allí afuera para ser conocidos, sino

(1) El conocimiento está determinado por el punto de vista de quien conoce y, por lo tanto, es necesario tener en cuenta diversas perspectivas, en particular las de grupos tradicionalmente oprimidos.¹⁶

(2) Las normas y la práctica de la prueba en el proceso han tendido a ignorar el punto de vista y la experiencia de las mujeres.¹⁷

Las dos tesis que he mencionado surgen sobre todo como consecuencia de la preocupación por lo que sucedía en casos de violencia de género, donde las mujeres eran víctimas, y, en los casos de homicidios, en los que las mujeres eran las acusadas. En ambos tipos de casos, la principal dificultad era que las reglas de prueba, o bien eran explícitamente discriminatorias o bien, a pesar de su fachada neutral, terminaban por perjudicar a la mujer. En ese contexto resulta central una derivación de la segunda tesis, a saber, la tesis más específica según la cual en el conocimiento de los hechos, dentro del proceso, desempeñan un papel importante los estereotipos de género de quien observa. La incidencia de estereotipos ha perjudicado a las mujeres en cuanto, al distorsionar el razonamiento probatorio, han contribuido a perpetuar prácticas de sometimiento machista, pero la importancia de prestar atención al modo en que ello tiene lugar deriva además porque su incidencia perjudica los fines del proceso. Este último punto es rele-

que la realidad es completamente construida por quien observa. Para una presentación de estas tesis, V. Nicolson, "Gender, Epistemology and Ethics: Feminists Perspectives On Evidence Theory", en *Feminists Perspectives on Evidence*, pp. 13-37. No me refiero aquí tampoco a las críticas más generales que la epistemología feminista ha dirigido contra las teorías del conocimiento tradicionales. En especial, aquellas que señalan, por un lado, el histórico relegamiento de las mujeres dentro del ámbito científico y, por otro lado, los sesgos que inciden en la investigación científica misma. V. Lennon y Whitford, *Knowing the Difference. Feminists Perspectives in Epistemology*.

¹⁶ "Muchas feministas sostienen que el conocimiento se produce siempre desde la perspectiva parcial de un individuo cognoscente y, por lo tanto, mientras más perspectivas existan sobre una cuestión en particular, mayor será la posibilidad de aproximarse al conocimiento de la verdad. Igualmente, la idea de que hombres (blancos, de clase media, heterosexual) pueden ofrecer un acceso adecuado a la verdad es rechazada en favor de recurrir a las experiencias y perspectivas de quienes han sido excluidos del poder (mujeres, por supuesto, pero también las minorías étnicas, la clase obrera, homosexuales y lesbianas, etcétera)" (Nicolson, "Gender, Epistemology...*cit.*", p. 25). La traducción es propia.

¹⁷ "Al aplicar el método feminista es posible analizar cómo las reglas de la evidencia están definidas por el género, es decir, cómo esas reglas reflejan el poder sexual y las dinámicas sociales en nuestra cultura, cómo las mujeres se encuentran infrarrepresentadas por las reglas de evidencia, y cómo la mirada de las mujeres resulta ignorada" (Orenstein, "Apology Excepted: Incorporating a Feminist Analysis into Evidence Policy Where You Would Least Expect It", en *Southwestern University Law Review*, pp. 226-229. La traducción es propia.)

vante ya que sobre él suelen converger las perspectivas feministas que defienden o aceptan la concepción racionalista del proceso probatorio, aun cuando puedan disentir sobre las tesis generales a partir de las cuales se extrae esta conclusión. Mientras algunas sostienen que la incidencia de estereotipos es consecuencia de no haber incorporado en el proceso la perspectiva epistemológica de las mujeres o de otros grupos sociales diferentes al hombre blanco, rico y heterosexual, otras sostienen que tal incidencia es consecuencia de las actitudes discriminatorias propias de la sociedad machista, pero que no provienen del hecho de que exista una diferencia en el modo de conocer de hombres y mujeres.

En definitiva, la preocupación por evitar que el razonamiento probatorio se vea deformado por la incidencia de estereotipos es transversal a las diferentes concepciones feministas de la perspectiva de género dentro de la teoría de la prueba, al menos, entre aquellas que defienden o reconocen el objetivo epistémico del procedimiento probatorio.

Un ámbito en que la incidencia de estereotipos ha preocupado particularmente a la epistemología feminista es el de la valoración del testimonio de la víctima. Como vimos en el ejemplo del inicio, es precisamente respecto de la determinación de la verdad a partir de los dichos de una mujer que suele operar un estereotipo en el lugar de las generalizaciones. Que ello sucede con cierta frecuencia surge del trabajo de la Defensoría General de la Nación ya mencionado.

En los casos analizados, los estereotipos aparecen cuando los jueces evalúan el testimonio de una víctima de violencia sexual. Buena parte de ellos se caracteriza por ser generalizaciones acerca del comportamiento de las mujeres. Así, por ejemplo, uno bastante común es el que puede ser denominado *estereotipo de la mujer estratégica*, según el cual “las mujeres efectúan falsas denuncias por hechos de violencia como medio para obtener algún fin, `la exclusión del marido del hogar`, `posicionarse en un juicio de divorcio`, para `perjudicar`, `vengarse`, o bien para `explicar una situación`”.¹⁸ Lo mismo parece ser el caso con el que las autoras

¹⁸ Asensio *et al.*, *Discriminación de género... cit.*, p. 106. Las autoras usan la etiqueta “estereotipo de la mujer instrumental”.

denominan *estereotipo de la mujer honesta*, según el cual si una mujer se dedica a la prostitución o tiene una frondosa experiencia sexual —es decir, no es una mujer honesta—, es menos probable que sea víctima de un delito contra su integridad sexual. Por ejemplo, en uno de los casos, un juez afirma que “aun cuando no se considere la calidad de prostituta que muchos testigos atribuyeron a L. N. P. [...] lo cierto es que mal puede hablarse de inexperiencia sexual de la menor si presentaba desfloración de larga data [...] y ella misma admitió haber tenido relaciones sexuales el año anterior, aunque lo limitó a una sola vez”.¹⁹

La misma reconstrucción puede hacerse a partir del resto de estereotipos identificados por las autoras: *estereotipo de la mujer mendaz* —se trata, en realidad, de un abanico de estereotipos que atribuyen a ciertas categorías de mujeres la tendencia a mentir—,²⁰ *estereotipos de la mujer corresponsable* —que concibe “la violencia como una manifestación de conflictos o disfuncionalidad de pareja, en lugar de considerarla como una violación de derechos de la víctima que manifiesta la desigualdad estructural entre hombres y mujeres”—²¹ o el *estereotipo de la mujer fabuladora* —proveniente de asociar el carácter de la mujer con los rasgos de irracionalidad y locura o emoción y, por lo tanto, como tendiente a deformar o exagerar la realidad—.²²

Estos estereotipos, y otros más específicos identificados por las autoras, son expresión de uno más genérico acerca de la confiabilidad de una mujer como testigo. Mack, por ejemplo, señala que “el primer elemento en la falta de creencia en una mujer como testigo tiene que ver con la expectativa social general acerca de cómo debería sonar un hablante creíble: como un hombre”.²³ El problema es incluso más difícil de enfrentar, pues las reacciones corporales de las personas son ambiguas respecto de su intención y de su acción y, al decidir de qué manera describirlo, es importante prestar atención al tipo de generalización, que, funcionando implícitamente, nos hace preferir una descripción sobre otra. Por ejemplo:

¹⁹ *Ibid.*, p. 97.

²⁰ *Ibid.*, pp. 103-105.

²¹ *Ibid.*, p. 109.

²² *Ibid.*, p. 110.

²³ Mack, “Continuing Barriers to Women’s Credibility: A Feminist Perspective on the Proof Process”, en *Criminal Law Forum*, p. 331.

las mujeres abusadas exhiben muchas de las características asociadas con los mentirosos —dudan, cambian sus historias, procrastinan denunciar el hecho, y parecen equivocadas en virtud de autoinculparse—. [E]stas características comunes de los relatos de mujeres víctimas de violencia sexual (demora, duda, cambio de la historia a lo largo del tiempo) disparan desconfianza y son usadas en los tribunales para desacreditar a las mujeres. Esta desconfianza respecto de narraciones demoradas o revisadas indica el enfoque judicial hacia la verdad, como “singular, inmediatamente reconocible, y permanente”.²⁴

Los casos mencionados y el análisis apenas hecho alcanzan, desde mi punto de vista, para considerar fundada la tesis de la epistemología feminista según la cual el punto de vista y la experiencia de las mujeres han sido ignorados por las normas y la práctica de la prueba en el proceso dada la incidencia que allí tienen los estereotipos.

La exigencia de asumir la perspectiva de género dentro del proceso ha sido, como es conocido, acogida por la propia Suprema Corte de Justicia mexicana —SCJN—, que ha ya consolidado en numerosas decisiones, a partir del Amparo Directo en Revisión 2655/2013, la obligación de las y los operadores de justicia de juzgar con perspectiva de género.²⁵ De acuerdo con esta línea jurisprudencial, la obligación se traduce, en general, en el

deber de impartir justicia sobre la base del reconocimiento de la particular situación de desventaja en la cual históricamente se han encontrado las mujeres —pero que no se encuentra necesariamente presente en cada caso— como consecuencia de la construcción que socioculturalmente se ha desarrollado en torno a la posición y al rol que debieran asumir, como un corolario inevitable de su sexo.²⁶

Una de las exigencias fundamentales específicas para dar cumplimiento a ese deber es la de valorar la prueba desechando cualquier estereotipo o prejuicio. La SCJN concretizó esta exigencia en varios casos individuales. Por ejemplo, en el Amparo

²⁴ Orenstein, “Feminism and Evidence”, p. 551.

²⁵ Además de haber publicado dos ediciones del *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, la primera en 2013 y la segunda en 2020, mencionada más arriba.

²⁶ SCJN, Amparo Directo en Revisión 4811/2015, p. 32.

Directo en Revisión 6181/2016 indicó lo que la persona juzgadora deberá hacer para que en el proceso probatorio se respete el deber de juzgar según esa perspectiva:

Primeramente, identificará si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta del desequilibrio y de la situación de desventaja que vivía la quejosa al momento en que ocurrieron los hechos. Es decir, revelará el contexto de violencia que ella enfrentaba, a fin de visualizar claramente la problemática y garantizar el derecho de la recurrente al acceso a la justicia, de forma efectiva e igualitaria; Cuestionará los hechos y valorará las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenará las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones.²⁷

Ahora bien, en este capítulo pretendo avanzar en la precisión de qué es lo que falla, desde el punto de vista del objetivo epistémico del proceso, cuando un razonamiento probatorio sufre una distorsión en virtud de la incidencia de estereotipos. A los fines de avanzar en este sentido, la próxima sección está dedicada a repasar el funcionamiento de los estereotipos en general, para volver luego al rol que pueden tener en el razonamiento probatorio. Creo que una vez precisados estos puntos es posible proponer estrategias para evitar que los estereotipos se interpongan entre la persona juzgadora y el objetivo central de conocer cómo sucedieron ciertos hechos.

III. Normas sociales y generalizaciones en el razonamiento probatorio

En este manual ya se han abordado los rasgos generales de los estereotipos, por lo que, para evitar mayores repeticiones, me limitaré a repasar brevemente algunos puntos. Como se señaló en varias ocasiones, además de funcionar, a veces, como

²⁷ SCJN, Amparo Directo en Revisión 6181/2016, pp. 50-51.

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”—, los estereotipos también pueden ser usados como normas acerca de los roles que deberían asumir los miembros de ciertos grupos —por ejemplo, “las mujeres deben resistirse activa y físicamente a las agresiones sexuales”—. Por ello, antes de pasar al análisis central de este capítulo, dedicado a analizar el modo en que los estereotipos, cuando funcionan como generalizaciones, inciden en el razonamiento probatorio, quisiera formular algunas consideraciones acerca del modo en que los estereotipos normativos también pueden incidir en ese proceso. Es decir, resulta claro que la búsqueda del objetivo de conocer la verdad a través del procedimiento probatorio se puede ver afectada por generalizaciones problemáticas acerca de grupos sociales —estereotipos descriptivos—, pero existe también el riesgo de que normas acerca de los roles que deberían asumir los miembros de ciertos grupos distorsionen ese proceso.

El efecto más peligroso que pueden tener los estereotipos normativos es invertir la finalidad del procedimiento probatorio. Me refiero a la posibilidad de que quien defienda un estereotipo normativo termine por abandonar la empresa epistémica, limitándose a reprobador el comportamiento de quien no se ajusta al estereotipo normativo y construir los hechos de manera tal que haga posible infligir algún tipo de castigo. Por ejemplo, en el caso del estereotipo de la mujer honesta, frente a una víctima que no se ajuste a ese estereotipo, es decir, que no se comporte según las exigencias del rol de mujer honesta, una reacción posible de quien tiene que averiguar los hechos es, en lugar de procurar obtener evidencia acerca de cómo sucedieron los hechos, descartar la comisión de un delito como modo de expresar su desaprobación frente al comportamiento de la mujer; es decir, para ponerlo en términos filosóficos, un estereotipo normativo puede alterar la dirección de ajuste en el proceso probatorio. En lugar de que los elementos de prueba estén destinados a probar ciertos hechos y, sobre esa base, determinar si una norma es aplicable o no, se lleva a cabo el recorrido inverso: se parte de una norma que se considera aplicable y se construyen los hechos de manera tal que esa norma pueda ser aplicada, por lo que el primer paso para evitar la incidencia de estereotipos normativos en el razonamiento probatorio es impedir que inviertan de ese modo la empresa epistémica.

Una vez advertido que, en ese contexto, la finalidad es descubrir cómo sucedieron los hechos y no cómo deberían haber sucedido, para que una norma acerca de los roles de ciertas personas tenga fuerza —al menos indiciaria— como elemento de prueba acerca de que una persona se adecúa al rol, es necesario que esos estereotipos reflejen normas sociales. En otras palabras, 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 a la 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 de la persona 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 ella misma la acepta. De otro modo, el juicio probatorio se apoyaría sobre la expectativa de que la mujer se conforma con una norma inexistente o externa a su grupo social o que no acepta. 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 comportamiento.

Regresando ahora al análisis de los estereotipos descriptivos, es decir, de los que funcionan como generalizaciones acerca de los rasgos de un grupo, vale la pena aquí recordar que, dentro de las teorías que buscan comprender el proceso a través del cual surgen y se forman los estereotipos, es posible distinguir dos grandes perspectivas, aquella que sostiene que su origen es emotivo o emocional y aquella que afirma que es cognitivo. Según el primer punto de vista, las personas o grupos crean estereotipos para lograr ciertos objetivos, especialmente diferenciarse de otros grupos que consideran amenazantes o de menor jerarquía. Por ejemplo, cuando algunas personas pierden su trabajo a causa de la caída del mercado, no pudiendo dirigir su agresividad contra esa causa de su frustración, la dirigen hacia los miembros de otros grupos más débiles, como los inmigrantes de países más

Pobres.²⁸ Frente a estas posiciones, que señalan el origen emotivo o motivacional de los estereotipos, otras teorías, en cambio, sostienen que los estereotipos tienen un origen cognitivo. Según este punto de vista, dada la capacidad limitada de los seres humanos para procesar información, los estereotipos permiten organizar y simplificar las complejidades del mundo social.²⁹ Así es que funcionan, tal como señalé en la introducción, del mismo modo en que lo hacen las categorías: una vez que incluimos a una persona en un grupo social podemos asociarla con una gran cantidad de información, que poseemos con anterioridad, sin tener que corroborarla en el caso actual. Un punto importante que surge de las tesis de las teorías cognitivas es la distinción entre el origen —emotivo, cognitivo— y el contenido proposicional de un estereotipo —aquello que se afirma de un grupo—. Este último, más allá de las razones que el portador del estereotipo tenga para creerlo, puede ser evaluado como cualquier otra afirmación con pretensión descriptiva.³⁰ Así, el estereotipo según el cual son las mujeres las que están a cargo del cuidado de los ancianos, o el estereotipo según el cual los mapuches son alcohólicos, son asociaciones que se expresan en enunciados con un contenido proposicional de la forma *los miembros del grupo A poseen el rasgo B*. En el primer ejemplo, el estereotipo afirma que, por lo general, quienes pertenecen al grupo identificado por el rasgo de ser mujer poseen el rasgo de estar a cargo de los ancianos. En el segundo ejemplo, afirma que, por lo general, quienes pertenecen al grupo identificado por el rasgo de ser mapuche poseen el rasgo de ser alcohólicos.³¹ Los enunciados con esta forma son generalizaciones, tal como lo es un

²⁸ V. Secord y Backman, *Social Psychology*.

²⁹ Ryan *et al.*, “Assessing Stereotype Accuracy: Implications for Understanding the Stereotyping Process”, en Macrae *et al.* (eds.), *Stereotypes and Stereotyping*, pp. 122-123.

³⁰ Esto produjo una encendida controversia entre quienes estudian los estereotipos. V. los comentarios en Jussim *et al.*, “The Unbearable Accuracy of Stereotypes”, en Nelson, *Prejudice...cit.*, p. 199. Recordemos que los estereotipos fueron inicialmente concebidos como representaciones inexactas —o falsas—. De ello se sigue que deberían ser completamente abandonados, pues solo de ese modo sería posible percibir de manera adecuada los rasgos de cada grupo social y de cada individuo. La teoría cognitiva, en cambio, muestra que entre los estereotipos hay una variedad que necesita ser clasificada: es necesario distinguir entre estereotipos inexactos o insostenibles, por un lado, y estereotipos precisos o sostenibles, por el otro, según que coincidan con el mundo social que buscan representar. Volveré más abajo sobre este punto.

³¹ Ciertamente, si los estereotipos son entendidos como enunciados universales que afirman que todas las personas que integran un grupo poseen cierta característica, entonces son por lo general falsos. Aun cuando este puede ser el modo en que algunos portadores conciben sus estereotipos, es más común

enunciado del tipo *los autos alemanes son resistentes* o *los alimentos con la etiqueta “Sin TACC” no contienen gluten*. Según el primero, el grupo de objetos identificados por el rasgo de ser autos alemanes posee el rasgo de ser resistentes. De acuerdo con el segundo, el grupo de alimentos identificados mediante el rasgo de tener la etiqueta “Sin TACC” posee el rasgo de no contener gluten. La generalización sobre los autos alemanes puede ser contrastada con los hechos, mediante una investigación acerca de la resistencia de esos vehículos. Lo mismo puede hacerse respecto de los alimentos con la etiqueta “Sin TACC”, mediante una investigación acerca de sus componentes químicos.

En el mismo sentido, los estereotipos sobre las mujeres y sobre los mapuches pueden ser contrastados con los hechos. Dado que se trata de generalizaciones, el tipo de información necesaria para corroborarlos es información estadística, lo cual permitirá distinguir entre estereotipos con apoyo estadístico y estereotipos sin apoyo estadístico.³² Por ello, algunos estereotipos —si bien evidentemente no todos— pueden describir correctamente las características de los miembros de un grupo,³³ ello dependerá de que el estereotipo esté apoyado —o encuentre apoyo— en información correcta acerca del grupo. Respecto de este último punto es importante distinguir entre dos sentidos de “falta de apoyo estadístico”. En un sentido fuerte, esa expresión quiere decir que se cuenta con datos estadísticos

concebirlos como enunciados no universales, es decir, como generalizaciones. Algunas investigaciones asumen, no obstante, que solo se estereotipa cuando la creencia acerca de los rasgos de un grupo es universal, es decir, acerca de todos y cada uno de los miembros de ese grupo. Por ejemplo, según Hinton, sostener que el bibliotecario típico es introvertido, poco deportista y amante de los libros no es necesariamente un estereotipo, pues “un bibliotecario típico no excluye que otras características estén presentes entre los bibliotecarios: un bibliotecario puede ser atlético o extrovertido, pero no se tratará de características típicas (así como un avestruz sigue siendo un ave, aunque no sea un ave típica como lo es un merlo). Se transforma en un estereotipo cuando asumimos que *todos* los bibliotecarios son introvertidos” (Hinton, *Stereotypes, Cognition and Culture*, pp. 50-51). La traducción es propia. Esta identificación entre estereotipos y enunciados universales es poco común; diría que, a pesar del autor, el mismo ejemplo de Hinton muestra que ello no parece coincidir con el uso del término *estereotipo*.

³² Entre quienes defienden esta distinción, V. entre otros, Jussim *et al.*, *op. cit.*, para el ámbito de las ciencias empíricas; y Schauer, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, y Appiah, *The Ethics of Identity*, para el ámbito jurídico.

³³ Se podría reservar el término *estereotipo* para las generalizaciones *falsas* acerca de grupos sociales. Pero el problema aquí no es meramente terminológico, sino que consiste en advertir que las generalizaciones acerca de grupos, en cuanto poseen pretensiones descriptivas, pueden ser, si bien con limitaciones, contrastadas con la realidad mediante herramientas estadísticas. V. Jussim *et al.*, *op. cit.*

que refutan el estereotipo. Cuando carecen de apoyo estadístico en sentido fuerte, los estereotipos atribuyen a los miembros de un grupo una característica que no poseen y, por lo tanto, deben abandonarse porque implican una representación falsa de un grupo. Por eso los llamaré *estereotipos incorrectos o falsos*.³⁴ En un sentido débil, la expresión quiere decir que se carece de datos estadísticos para evaluar el estereotipo y que, por ende, no es posible determinar si es verdadero o falso, correcto o incorrecto. Usaré el término *insostenible* para referirme a este sentido débil, pero igualmente relevante, de falta de apoyo estadístico.

Es importante notar que tanto los estereotipos falsos como los estereotipos insostenibles carecen de importe cognitivo, es decir, no ofrecen conocimiento acerca del grupo social ni de sus miembros, ya que tanto la verdad como la justificación son condiciones necesarias del conocimiento. En cambio, llamaré *estereotipos sostenibles* a aquellos que cuentan con apoyo estadístico y que, por lo tanto, asocian a los miembros de un grupo una característica que efectivamente poseen según los datos disponibles. Ciertamente, que el estereotipo cuente con apoyo estadístico, es decir, que sea sostenible, no quiere decir que sea verdadero para cada uno de los miembros del grupo estereotipado. Solo quiere decir que es más probable que un miembro del grupo posea el rasgo que le atribuye el estereotipo a que lo posea alguien que no pertenece al grupo. Por ejemplo, si el estereotipo según el cual los asiáticos son mejores en matemáticas fuese sostenible, eso querría decir que es más probable que una persona pertenezca a la categoría de quienes son buenos en matemáticas si pertenece además a la categoría de asiáticos, que si no pertenece a esa categoría. Esto no quiere decir que cada vez que encontremos una persona que pertenezca a esa categoría inexorablemente tendrá ese rasgo.

Los estereotipos con apoyo estadístico tienen entonces importe cognitivo, es decir, ofrecen información tanto sobre un grupo como acerca de una persona perteneciente a ese grupo, en este caso, salvo evidencia particular en contrario.

³⁴ Schauer utiliza la palabra *espurios* para referirse a los que aquí llamo falsos, inexactos o insostenibles (Schauer, *op. cit.*, p. 7). No obstante, la palabra *espurio* es ambigua, ya que en ámbito estadístico una generalización es espuria cuando, a pesar de contar con base estadística, no expresa una relación causal.

Preguntarse por la verdad o corrección de los estereotipos no es lo mismo que afirmar que todos son verdaderos ni negar que, incluso siendo verdaderos, pueden tener efectos negativos.³⁵ Lo que se sigue de la teoría cognitiva es que las dos cuestiones tienen que mantenerse separadas. Una cosa es la sostenibilidad del estereotipo, según que cuente o no con apoyo estadístico, y otra cosa es el daño o perjuicio que la generalización pueda o no procurar al grupo estereotipado. Por eso, si bien la sostenibilidad/insostenibilidad es una cuestión empírica, ello todavía no define la cuestión acerca de si es legítimo o no utilizar o mantener el estereotipo. La sostenibilidad de un estereotipo dependerá de los datos obtenidos. La legitimidad o no de su uso dependerá de otras consideraciones, principalmente valorativas, pero también históricas y sociales.

IV. Volviendo al razonamiento probatorio

Como señalé al inicio de este capítulo, las generalizaciones desempeñan un papel fundamental en ese proceso racional de prueba de las hipótesis, tendiente a garantizar su verdad. Ese papel es el de enlace entre datos probatorios y enunciados que describen los hechos a probar —*probanda penúltimas*—. Nótese que este es precisamente el rol que los estereotipos desempeñan en los razonamientos de los jueces en los casos investigados por la Defensoría. Por ejemplo: (1) Dato probatorio: la víctima ejerce la prostitución; (2) Estereotipo/Generalización: las prostitutas tienden a consentir los avances sexuales de terceros; (3) Enunciado probado: el acto sexual entre la víctima y el acusado fue consensuado.

La cuestión central ahora es determinar por qué, mientras las generalizaciones son fundamentales en el razonamiento probatorio, los estereotipos, a pesar de funcionar como generalizaciones, vuelven ilegítimo ese razonamiento. O, dicho

³⁵ No obstante, algunos autores avanzan una afirmación más robusta, a saber, que existe evidencia, extraída a partir del metaanálisis de experimentos sobre la exactitud de estereotipos en diferentes culturas y acerca de diferentes grupos, de que buena parte de los estereotipos son —aproximadamente— exactos (V. Jussim *et al.*, *op. cit.*, pp. 220-221). De todos modos, esta afirmación se apoya en experimentos que, típicamente, solicitan a los participantes que enuncien sus estereotipos, lo que no solo suele incidir a favor de la racionalidad del estereotipo así construido, sino que también reduce la muestra a los estereotipos explicitados en los experimentos.

en otros términos, por qué la conclusión de un razonamiento apoyado en estereotipos es infundada. Como resultará obvio a partir de lo dicho hasta aquí, la respuesta no puede ser que los estereotipos son meras generalizaciones, puesto que las generalizaciones apoyan razonamientos que sí consideramos legítimos o convincentes.

Una primera respuesta podría ser que las generalizaciones cumplen el papel fundamental que se les atribuye si, y solo si, cuentan con apoyo estadístico. En caso contrario, la ausencia de apoyo estadístico alcanza para mostrar que la generalización es insostenible —o falsa, en su caso— y, en consecuencia, que la conclusión que se apoya en ella es infundada. Si el razonamiento se basa en generalizaciones falsas o insostenibles, resultará infundado. Aplicada esta consideración a los estereotipos, podría afirmarse que distorsionan el razonamiento probatorio cuando carecen de apoyo estadístico.

Sin embargo, en el contexto del razonamiento probatorio suele alegarse, primero, que muchas veces consideramos legítimo usar generalizaciones sin exigir la prueba del apoyo estadístico en cada caso. Segundo, se alega que incluso si tal información se encontrara disponible, sería “bastante poco realista” exigir que se acompañe evidencia del apoyo estadístico de todas las generalizaciones empleadas en el razonamiento probatorio,³⁶ y, tercero, que hay generalizaciones, indispensables para avanzar en el razonamiento, respecto de las cuales no tendría siquiera sentido exigir apoyo estadístico, como la referida al tiempo de permanencia en una casa.³⁷ Las generalizaciones de este tipo “son tan ampliamente conocidas o creídas en la comunidad respectiva que simplemente aparecerán en argumentos sin una petición formal de que sean notadas [...] son aceptadas, en buena medida, como indisputables en el momento y en el lugar del juicio”.³⁸ Es por ello que

³⁶ No es posible testear estadísticamente todas las generalizaciones empleadas en un razonamiento probatorio, pues ello llevaría a un regreso al infinito. Así, la generalización según la cual los alimentos con la etiqueta “sin TACC” no poseen gluten, se apoya en una generalización relativa a los controles del ente regulador sobre los procesos de producción de esos alimentos, que, a su vez, se apoya en una generalización acerca de la corrección de los métodos empleados para testear la presencia de gluten, y así sucesivamente.

³⁷ V. Anderson *et al.*, *Análisis de la prueba...cit.*, p. 329.

³⁸ *Ibid.*, p. 331.

estos autores, si bien introducen criterios para el control de las generalizaciones, terminan sugiriendo un argumento del tipo “es lo que hay”, en cuanto “en contextos jurídicos, la confianza en generalizaciones que se encuentran muy por debajo de la certeza es un aspecto inevitable incluso respecto del caso más fuerte”.³⁹

De todos modos, a pesar de estas consideraciones algo pesimistas acerca de la posibilidad de controlar la sostenibilidad de las generalizaciones, creo que es posible avanzar en algunos criterios. En primer lugar, vale la pena señalar, corriendo el riesgo del juego de palabras, que las afirmaciones anteriores, acerca de las dificultades para controlar las generalizaciones, no son sino otras generalizaciones. Es decir, es cierto que no es posible controlar todas las generalizaciones al mismo tiempo, pero no lo es menos que cada una de ellas puede ser controlada. Es cierto que el control estadístico no puede emplearse respecto de todas ellas, pero de eso no se sigue que ningún estereotipo admita ese tipo de control. También es cierto que no es posible exigir evidencia del apoyo estadístico de todas las generalizaciones, pero ello no quiere decir que no sea posible exigirlo de algunas de ellas, en particular, cuando se trata de estereotipos respecto de cuya corrección o incorrección existe información científica. Por último, si bien es cierto que hay generalizaciones que funcionan por el simple hecho de pertenecer a lo que los autores llaman “acervo de conocimiento común”, esto no quiere decir que todas las que pertenezcan a ese acervo son legítimas por el hecho de pertenecer a él; en particular, porque —como bien reconocen los mismos autores— “la existencia de un consenso cognitivo transversal de género no puede siempre asumirse sobre materias tales como violencia doméstica, violación, igualdad de salarios, o de manera más general”.⁴⁰ Lo mismo podría decirse acerca de la existencia de consensos transversales sobre otras cuestiones controvertidas que involucran otros grupos discriminados.

En otras palabras, si bien se trata de generalizaciones, el problema con los estereotipos es que suelen ser el fruto de una historia de discriminación en perjuicio de

³⁹ *Ibid.*, p. 142. Un análisis detallado de los criterios para tener por sostenible —o válida, en su terminología— una generalización puede verse en Limardo, “Repensando las máximas de experiencia”, en *Quaestio facti*, pp. 115-153.

⁴⁰ Anderson *et al.*, *op. cit.*, p. 135.

ciertos grupos, y es por ello que, respecto de su uso, debería aplicarse una metodología más exigente.

En primer lugar, cuando se advierte la presencia de un estereotipo, es decir, de una generalización sobre un grupo social, ello debe ser explícitamente señalado. Este primer punto, que puede parecer trivial o meramente terminológico, es en realidad muy importante, pues etiquetar como estereotipo el enunciado acerca del grupo social y, de ese modo, señalarlo como una generalización, permite poner bajo la luz que se trata de una afirmación contingente, es decir, ni necesaria ni conceptual, cuya corrección depende de la posibilidad de contrastarla con los hechos —es decir, de obtener apoyo estadístico—, es decir, que está sometida al tribunal de la experiencia, lo cual significa que su sostenibilidad dependerá de que se cuente con la información necesaria. En consecuencia, si no se cuenta con ese apoyo, la afirmación será *insostenible*.

En segundo lugar, dada la alta probabilidad de que generalizaciones acerca de determinados grupos sean producto de un trasfondo de asunciones que reflejan la historia de discriminación, en los casos en que generalizaciones acerca de esos grupos sean usadas para apoyar el razonamiento probatorio, como en los ejemplos de la Defensoría, se impone exigir un control estricto sobre su sostenibilidad. Este control implica, primero, que quien pretenda apoyar el razonamiento probatorio en un estereotipo soporta la carga de mostrar la sostenibilidad de la generalización, es decir, debe ofrecer evidencia empírica que demuestre la corrección estadística del estereotipo. Como consecuencia de ello, no son sostenibles estereotipos apoyados únicamente en la “psicología de la calle”. Segundo, deben descartarse las generalizaciones igualmente aplicables a los datos disponibles, pero que llevan a conclusiones opuestas. Tercero, y sobre todo, debe exigirse la corroboración incluso cuando se trate de estereotipos sostenibles. Corroboración, al menos en el sentido débil en que la concibe Ibáñez:

[...] 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.⁴¹

Estas consideraciones alcanzarían para identificar por qué es ilegítimo el razonamiento en el ejemplo mencionado más arriba relativo a la credibilidad de la víctima de abuso sexual. Las generalizaciones en cuestión son, por lo tanto, cuando menos insostenibles, ya que en ningún caso se ofreció evidencia acerca de su corrección. Incluso más: la generalización usada por el tribunal respecto del comportamiento de la víctima frente a su agresor es falsa, según los resultados de investigaciones psicológicas, pues “las mujeres abusadas exhiben muchas de las características asociadas con los mentirosos —dudan, cambian sus historias, procrastinan denunciar el hecho, y parecen equivocadas en virtud de autoinculparse— [...] Esta desconfianza respecto de narraciones demoradas o revisadas indica el enfoque judicial hacia la verdad, como `singular, inmediatamente reconocible, y permanente’”.⁴²

Ahora bien, incluso si este análisis en términos de la sostenibilidad estadística de los estereotipos, en cuanto generalizaciones, captura una forma central de la distorsión que los estereotipos pueden producir en el razonamiento probatorio, pienso también que no logra dar cuenta de otras formas de incidencia igualmente negativas. Estas formas provienen del hecho de que, incluso si se comportan como generalizaciones, los estereotipos no suelen originarse en investigaciones serias acerca de los rasgos de un grupo, sino en virtud de procesos inferenciales infundados, o por imitación, o como consecuencia de prejuicios, emociones u otros procesos psicológicos más complejos. El problema con los estereotipos es que sus portadores —es decir, quienes estereotipan— no se han tomado ningún trabajo en corroborarlos, ni están tampoco interesados en hacerlo, pues ello implicaría entrar seriamente en contacto con el grupo estereotipado e intentar conocerlo. Además, los estereotipos suelen ser resistentes a la revisión, es decir, los portadores de estereotipos no están dispuestos a modificar sus creencias a

⁴¹ Ibáñez, “La supuesta facilidad de la testifical”, en Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, p. 124 y ss.

⁴² Orenstein, “Feminism...cit”. 24.

pesar de evidencia que las contradiga. Un efecto distorsivo de los estereotipos es entonces que sus portadores se despreocupan por conocer los rasgos concretos, individuales, de las personas estereotipadas, apoyándose en la generalización. Por ello —y creo que este es el aspecto más importante— a pesar de que las generalizaciones son inevitables y de que —si se apoyan en datos empíricos— tienen importe cognitivo, la historia de discriminación sufrida por algunos grupos impone que, incluso frente a estereotipos sostenibles, se privilegie la información individual.

Desde mi punto de vista, evitar los efectos distorsivos de los estereotipos exige prestar atención al caso individual, para impedir que esa historia de discriminación pueda terminar disfrazando los hechos a gusto del portador de un estereotipo. La SCJN se ha pronunciado en sentido similar en algunas de sus decisiones. Por ejemplo, en el Amparo en Revisión 910/2016, donde debía revisar la constitucionalidad del procedimiento a través del cual se decidió el otorgamiento de la guarda de una menor al padre, en detrimento de la madre. En ese caso, estaban en juego distintos estereotipos de género, pero el punto que interesa aquí es la crítica que la Corte formula contra la decisión, en cuanto resultó apoyada en una generalización según la cual las personas con ciertos problemas de salud —principalmente trastornos alimentarios— no están en condiciones de criar adecuadamente a sus hijos. Sobre la base de esa generalización, se tuvo por acreditado que la madre, en cuanto sufría de esos trastornos, no estaba en condiciones de asumir la guarda. La Corte señaló que este razonamiento fallaba en varios sentidos. Primero, esa generalización no había sido apoyada en evidencia estadística. Pero segundo, y de manera central aquí, la Corte indicó que

en estos casos, el juzgador debe ser especialmente escrupuloso en el análisis de las circunstancias que rodean el asunto, de modo que, con base en pruebas técnicas o científicas, se evidencie que la condición de salud tiene un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del menor. Pero esa situación, como lo ha expresado en otras ocasiones esta Sala, debe ser probada y no especulativa o imaginaria, valorando cada situación en particular para que, con base en los méritos de las circunstancias, se determine lo que ha de regir en el caso concreto.⁴³

⁴³ SCJN, Amparo en Revisión 910/2016, párr. 106.

Es decir, que incluso si la generalización acerca de las personas con problemas de salud fuese sostenible, la Corte exige, en estos casos, que se identifiquen con precisión los rasgos del caso individual. No basta con la generalización, sino que han de recabarse datos individuales.⁴⁴

Ciertamente, esto no quiere decir que toda generalización pueda ser dejada de lado cuando se procura obtener información individual; hay un sentido en que al menos *algunas* generalizaciones siguen funcionando. En el caso de la salud de la madre, seguirán usándose ya sea generalizaciones para llevar adelante pruebas o *tests* que permitan establecer los alcances de su problema de salud, ya sea generalizaciones acerca de en qué condiciones su particular condición de salud puede constituir un riesgo para el bienestar de la menor. Por lo que el modo de interpretar la exigencia de que la corrección de *una* generalización —es decir, el estereotipo— sea verificada en el caso individual es que se recurra al mayor número posible de generalizaciones, cada vez menos abstractas, aplicables al individuo en cuestión.

V. Conclusiones

Como anuncié al inicio, en este texto me propuse dar algunos pasos en el análisis de la incidencia de los estereotipos en la justificación del razonamiento probatorio, con la finalidad de, primero, identificar las diferentes formas en que los estereotipos pueden distorsionar el conocimiento de los hechos y, en consecuencia, perjudicar uno de los fines principales del procedimiento probatorio; y, segundo, ofrecer herramientas para impedir que se produzca ese efecto.

La idea central es entonces que los estereotipos, en su dimensión descriptiva, funcionan como generalizaciones y que, por lo tanto, pueden desempeñar el rol que estas últimas tienen, de manera inevitable, en el razonamiento probatorio.

⁴⁴ Ciertamente, como subraya la misma Corte, tratándose de un caso referido a la guarda y custodia de una menor de edad, la generalización acerca de las personas con problemas de salud no solo producía un efecto discriminatorio en perjuicio de la madre, sino que además no permitía proteger adecuadamente el interés superior de la niña.

Esto es, como eslabones que permiten encadenar datos probatorios con los enunciados que describen los hechos por probar. Que puedan desempeñar ese rol no quiere decir, obviamente, que siempre consigan hacerlo de manera adecuada. Una de las propuestas más extendidas —que fue retomada en este texto— es que ello depende, como para toda generalización, de que cuenten con apoyo estadístico, es decir, que sean sostenibles. De todos modos, mientras perduren los efectos dañinos que históricamente produjeron algunos estereotipos en perjuicio de ciertos grupos, la exigencia de control de las generalizaciones ha de ser más exigente, a pesar de las dificultades que ello pueda acarrear y del hecho de que, de todos modos, siempre ha de presuponerse alguna generalización. Que sea más exigente quiere decir, primero, que el estereotipo debe ser nombrado y, en cuanto generalización, su naturaleza contingente y empírica debe ser señalada. Segundo, quiere decir que el control de sostenibilidad debe ser estricto: quien use el estereotipo debe ofrecer evidencia de su sostenibilidad, demostrar que no hay generalizaciones en competencia que sean igualmente aplicables y, por último, debe corroborar la generalización.

Ahora bien, dado el modo en que funcionan, los estereotipos suelen otorgar a su portador cierta comodidad pseudoepistémica. Esto se traduce en que el portador es un usuario pasivo del estereotipo, reticente a modificarlo frente a evidencia en contrario y propenso a confirmarlo sobre la base de la más mínima evidencia. En virtud de este lado del fenómeno, evitar el efecto distorsivo de estereotipos en el razonamiento probatorio también exige —no obstante, lo imprescindible de las generalizaciones— que se privilegie la información particularizada, proveniente del caso individual.

Se trata, por supuesto, de una propuesta metodológica, sin pretensiones de exclusividad, destinada a ofrecer, al menos, un punto de partida para esquematizar el abordaje de casos en que se advierta la incidencia de un estereotipo en el razonamiento probatorio.

Bibliografía

Anderson, T., Schum, D. y Twining, W., *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

- Appiah, K. A., *The Ethics of Identity*, Princeton UP, Princeton, 2005.
- Arena, F. J., “Acerca de la relevancia de las investigaciones sobre sesgos implícitos para el control de la decisión judicial”, en J. F. Arena, D. Moreno Cruz, y P. Luque Sánchez, (eds.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021.
- Asensio, R., Di Corleto, J., Picco, V., Tandeter, L. y Zold, M., *Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia penal y violencia de género*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2010.
- Childs, M. y Ellison, L., “Evidence Law and Feminism”, en M. Childs y L. Ellison (eds.), *Feminists Perspectives on Evidence*, Cavendish Publishing Limited, Londres, 2000.
- González Lagier, D., *Quaestio Facti*, Fontamara, México, 2013.
- Hinton, P., *Stereotypes, Cognition and Culture*, Taylor and Francis, Philadelphia, 2000.
- Ibáñez, P. A., “La supuesta facilidad de la testifical”, en P. A. IBÁÑEZ (ed.), *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- Jussim, L., Cain, T. R., Crawford, J., Jharber, K. y Cohen, F., “The Unbearable Accuracy of Stereotypes”, en T. D. Nelson (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Psychology Press-Taylor and Francis, Nueva York, 2009.
- Lennon, K. y Whitford, M. (eds.), *Knowing the Difference. Feminists Perspectives in Epistemology*, Routledge, Londres, 1994.
- Limardo, A., “Repensando las máximas de experiencia”, *Quaestio facti*, vol. 2, 2021.
- Mack, K., “Continuing Barriers to Women’s Credibility: A Feminist Perspective on the Proof Process”, *Criminal Law Forum*, vol. 4, núm. 2, 1993.

- Mervis, C. B. y Rosch, E., "Categorization of Natural Objects", *Annual Review of Psychology*, vol. 32, 1981.
- Nelson, T. D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Psychology Press-Taylor and Francis, Nueva York, 2009.
- Nicolson, D., "Gender, Epistemology and Ethics: Feminists Perspectives On Evidence Theory", en M. Childs y L. Ellison, L. (eds.), *Feminists Perspectives on Evidence*, Cavendish Publishing Limited, Londres, 2000.
- Orenstein, A., "Feminism and Evidence", en B. Taylor, S. Rush y R. J. Munro, (eds.), *Feminist Jurisprudence, Women and the Law. Critical Essays, Research Agenda, and Bibliography*, Littleton, Fred B. Rothman & co., 1998.
- , "Apology Excepted: Incorporating a Feminist Analysis into Evidence Policy Where You Would Least Expect It", *Southwestern University Law Review*, vol. 28, 1999.
- Páez, A., "Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales", en F. J. Arena, D. Moreno Cruz y P. Luque Sánchez (eds.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021.
- Rosch, E. y Lloyd, B. B. (eds.), *Cognition and Categorization*, Hillsdale, Erlbaum, Nueva Jersey, 1978.
- Ryan, C. S., Park, B. y Judd, C. M., "Assessing Stereotype Accuracy: Implications for Understanding the Stereotyping Process", en C. N. Macrae, C. Stangor y M. Hewstone (eds.), *Stereotypes and Stereotyping*, The Guildford Press, Nueva York-Londres, 1996.
- Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Harvard University Press, Massachusetts, 2003.
- Secord, P. F. y Backman, C. W., *Social Psychology*, McGraw-Hill, Tokyo, 1974.

Stangor, C. (ed.), *Stereotypes and Prejudice*, Psychology Press, Philadelphia, 2000.

Taruffo, M., *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Zaldívar, A., Delgado Nieves, M., Gómez Balderas, F., Valdez Marcelo, A., Cruz de Jesús, I., Cortés Matus, G. y Esquinca Cuevas, F., *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Atala Riffo y niñas vs. Chile, Serie C núm. 239 y 254, sentencia de 24 de febrero de 2012.

González y otras (“Campo algodonero”) vs. México, Serie C núm. 205, sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (SCJN)

- Amparo Directo en Revisión 2655/2013.
- Amparo Directo en Revisión 4811/2015.
- Amparo Directo en Revisión 6181/2016.
- Amparo en Revisión 910/2016.

Generalizaciones no espurias, estadísticas y conocimiento de los hechos*

Frederick Schauer**

* Título original: "A Ride on the Blue Bus", capítulo 3 de *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2003, pp. 79-107. Traducción de Sofía Pezzano. El título ha sido adaptado para este manual y se han eliminado del texto las referencias a otros capítulos de ese libro.

** David and Mary Harrison Distinguished Professor of Law, University of Virginia, Estados Unidos.

Generalizaciones no espurias, estadísticas y conocimiento de los hechos. I. Betty Smith y el problema del autobús azul; II. La generalidad de las estadísticas y las estadísticas de la generalidad; III. Inferencia probabilística en un mundo “a todo o nada”; IV. Individualidad y fiabilidad; V. La naturaleza no individual de la evidencia individualizada.

I. Betty Smith y el Problema del Autobús Azul

El 6 de enero de 1941 Betty Smith manejaba su coche desde Dorchester hacia Winthrop. Cuando entraba a Winthrop alrededor de la una de la mañana, fue expulsada de la carretera por un autobús y chocó con un coche estacionado. Smith resultó herida en el accidente, y demandó a Rapid Transit, Inc. ante el Tribunal Superior del Commonwealth de Massachusetts.¹

Debido a que el accidente ocurrió en medio de la noche, a que el autobús que la obligó a salirse de la carretera no se detuvo y a que estaba preocupada por intentar evitar el accidente, Betty Smith no vio ninguna de las marcas identificatorias del autobús. En el juicio solo pudo declarar que el vehículo que la obligó a salirse de la carretera era un autobús, y que era uno “grande, largo y ancho”. Sin embargo, Smith pudo demostrar que la empresa Rapid Transit había sido autorizada por la ciudad de Winthrop para operar autobuses en la misma carretera en la que había ocurrido el accidente; que los autobuses de Rapid Transit salían de Winthrop Highlands en un viaje de treinta minutos de duración hacia Maverick Square,

¹ N. de la traductora: en el artículo original aparece como “Superior Court of Commonwealth of Massachusetts”.

Boston, a las 12:10 a. m., 12:45 a. m., 1:15 a. m. y 2:15 a. m.; que este recorrido incluía el lugar del accidente en la carretera principal; y que ninguna otra compañía tenía autorización para operar sus autobuses en esa carretera.

A pesar de esta evidencia en apoyo de la proposición de que el autobús que causó el accidente era operado por Rapid Transit, el tribunal de primera instancia se negó a dejar que el jurado siquiera considerara el caso. El juez dispuso que Betty Smith no podía, de acuerdo con la ley, reclamar una indemnización a Rapid Transit porque no había evidencia directa de que el autobús que chocó a Smith fuera uno de los autobuses de Rapid Transit. Esta resolución fue confirmada por la Corte Suprema Judicial de Massachusetts,² la cual resaltó que la franquicia exclusiva de Rapid Transit “no impedía que autobuses privados o fletados utilizaran esta carretera; el autobús en cuestión más bien podría haber sido operado por alguien distinto a la demandada”. La Corte reconoció que esto era poco probable y que “quizás las chances matemáticas de alguna manera favorecen la proposición de que un autobús de la demandada causó el accidente”. Pero “esto no era suficiente”, sostuvo la Corte, concluyendo que la probabilidad matemática de que el autobús en cuestión fuera un autobús de la demandada no era el tipo de evidencia “directa” que podría llevar a un jurado a tener una “creencia real” en la proposición de que este era uno de los autobuses de Rapid Transit.³

Si se tratara de un caso penal, la sentencia nos parecería intachable. Después de todo, la evidencia de que el autobús pertenecía a Rapid Transit difícilmente era de la calidad y cantidad que establecería “más allá de toda duda razonable” que se trataba de uno de los autobuses de Rapid Transit, especialmente dada la pequeña pero fácilmente concebible posibilidad de que el accidente fuera causado por un autobús privado o uno fletado. Pero la demanda de Smith era civil, y no penal. En consecuencia, el estándar de prueba requerido no era el de “más allá de toda duda razonable”. En su lugar, Betty Smith necesitaba establecer su caso solo “por una preponderancia de la prueba”. Y como indica la frase equivalente

² N. de la traductora: en el artículo original aparece como “Massachusetts Supreme Judicial Court”.

³ Supreme Judicial Court of Massachusetts, *Smith vs. Rapid Transit, Inc.*, 317 Mass. 469, 470, 58 N.E.2d 754, 755.

en el derecho inglés, “por un balance de probabilidades”, normalmente entendemos que la preponderancia de la prueba equivale a más de 50 % de probabilidad de que la proposición afirmada sea verdadera.⁴ Sea cual sea la posibilidad de que un autobús privado o fletado causara el accidente, nadie afirmó que se acercara a 50 %.⁵ Por lo tanto, no parece razonable negar que la evidencia presentada por Smith establecía una probabilidad considerablemente mayor a 0.5 de que se trataba de un autobús de Rapid Transit. Pero si ese era el caso, ¿por qué no ganó Betty Smith?

¿Por qué no, de hecho? El caso de Smith difícilmente es único,⁶ y las sentencias de la Suprema Corte Judicial generalmente se ajustan a la ley tal y como era entonces, y tal y como es ahora.⁷ Aun así, sigue pareciendo extraño que si a la demandante solo se le exige que pruebe su caso con una probabilidad de 0.51 —por decirlo de manera genérica—, se piense que la evidencia estadística que lo haría es insuficiente por sí misma, o así lo consideran habitualmente los tribunales.

⁴ V. McCormick, *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, párr. 339, p. 794; Allen, “Burdens of Proof, Uncertainty, and Ambiguity in Modern Legal Discourse”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, pp. 627-646; Brook, “Inevitable Errors: The Preponderance of the Evidence Standard in Civil Litigation”, en *Tulsa Law Journal*, pp. 79-109; Hay y Spier, “Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective”, en *Journal of Legal Studies*, pp. 413-431; Schauer y Zeckhauser, “On the Degree of Confidence for Adverse Decisions”, en *Journal of Legal Studies*, pp. 27-52.

⁵ James Brook argumenta que el caso *Smith* en realidad es menos que esto; sostiene que debido a que Smith no presentó ninguna evidencia en cuanto a la probabilidad —o falta de ella— de autobuses distintos de los de Rapid Transit, se trató esencialmente de un caso en el que el demandante no ofreció ninguna evidencia sobre un elemento esencial del caso. Cf. Brook, “The Use of Statistical Evidence of Identification in Civil Litigation: Well-Worn Hypotheticals, Real Cases, and Controversy”, en *St. Louis University Law Journal*, pp. 301-303. Pero todo el tenor de la opinión del tribunal deja claro que la evidencia estadística a este respecto no habría servido de nada a Smith, y el caso parece apoyar de forma más plausible, como han considerado generaciones de especialistas en derecho probatorio, la proposición de que la evidencia estadística de identificación es insuficiente para la ley.

⁶ V. United States Court of Appeals, *Guenther vs. Armstrong Rubber Company*, 406 F.2d 1315, 3d Cir.; United States District Court for the Middle District of Georgia, *Sawyer vs. United States*, 148 F. Supp. 877, M.D. Georgia; United States District Court for the Northern District of New York, *Curtis vs. United States*, 117 F. Supp. 912, N.D. New York; Supreme Judicial Court of Massachusetts, *Sargent vs. Massachusetts Accident Company*, 307 Mass. 246, 29 N.E.2d 825; Supreme Court of Missouri, *Lampe vs. Franklin American Trust Company*, 339 Mo. 361, 96 S.W.2d 710; Supreme Judicial Court of Maine, *Day vs. Boston & Maine Railroad*, 96 Me. 207, 52 A. 771.

⁷ Una excepción es *Kaminsky vs. Hertz Corporation*, 94 Mich. App 356, 288 N.W.2d 426, en el que el tribunal permitió que un jurado concluyera que un vehículo con rótulos de Hertz era propiedad de la Corporación Hertz sobre la base de la evidencia de que, aunque en algunos vehículos esos rótulos eran propiedad de concesionarios, aproximadamente 90 % de los vehículos con rótulos eran directamente propiedad de Hertz.

De hecho, resulta muy extraño para muchas personas que el caso de Smith se haya convertido en un instrumento básico de la enseñanza académica del derecho probatorio en las escuelas de derecho, y la pieza central de muchos de los escritos académicos sobre lo que se ha dado a conocer como el problema de la “mera evidencia estadística”.⁸ En general, el problema resulta analíticamente más claro cuando es presentado en la versión hipotética del *caso Smith*, conocida como el Problema del Autobús Azul: supongamos, en una versión del problema, que es ya muy entrada la noche, y que el auto de una persona es chocado por un autobús. Esta persona no puede identificar el autobús, pero puede establecer que es de color azul, y puede probar también que 80 % de los autobuses de la ciudad son operados por la Compañía Autobús Azul, que 20 % son operados por la Compañía Autobús Rojo, y que no hay otros autobuses en los alrededores, excepto aquellos operados por alguna de estas dos compañías. Además, cada uno de los demás elementos del caso —culpabilidad, causalidad y, especialmente, el hecho y el alcance del daño— están estipulados o establecidos con certeza. En estas circunstancias, ¿puede la parte demandante resarcirse en un litigio civil contra la Compañía Autobús Azul? Si no es así —como concluiría la inmensa mayoría de los tribunales estadounidenses—, ¿por qué no? Consideremos una variante del Problema del Autobús Azul más cercana aún al caso de Betty Smith: el auto de la demandante es chocado a altas horas de la noche y todo lo que ella sabe sobre el vehículo causante es que se trataba de un autobús. Ochenta de cada cien autobuses de la ciudad son operados por la Compañía Autobús Azul. ¿Puede la demandante ganar un juicio en contra de la Compañía Autobús Azul solamente con esa evidencia, asumiendo, como en los ejemplos previos, que no hay nada en disputa sobre los problemas de causalidad, culpabilidad o daño?

II. La generalidad de las estadísticas y las estadísticas de la generalidad

Los académicos llevan décadas debatiendo el Problema del Autobús Azul, a veces en el lenguaje altamente técnico de las estadísticas matemáticas, y otras veces más

⁸ V. Kaye, “The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation”, en *American Bar Foundation Research Journal*, pp. 487-516.

desde el sentido común.⁹ Algunos han defendido el escepticismo del sistema jurídico sobre la evidencia estadística. Laurence Tribe y, luego, Charles Nesson, por ejemplo, han señalado el modo en que el reconocimiento explícito de la probabilidad de error podría, incluso si es correcto, socavar la confianza en el sistema jurídico. Otros estudiosos instan a una mayor aceptación de la evidencia estadística, algunas veces argumentando que una norma jurídica no debería estar fundada en mantener al jurado y al público en la oscuridad sobre la naturaleza y las consecuencias reales de las decisiones jurídicas. Sin embargo, más allá del resultado correcto de este debate académico, es importante llamar la atención sobre la forma en que la discusión alrededor de la mera evidencia estadística se vincula, más estrechamente de lo que la literatura reconoce, con la pregunta superficialmente diferente acerca del rol de la generalidad en la toma de decisiones.

Recordemos la discusión sobre la regulación de los *pitbulls*.¹⁰ El problema —para algunos— de utilizar la generalización *pitbull*, que reunía a todos los *pitbulls* particulares con sus diversas características individuales bajo la categoría única de *pitbulls*, era que un atributo de la categoría —una tendencia a la agresividad peligrosa— no era necesariamente un atributo de cada miembro de esa categoría. La generalización sobre la peligrosidad de los *pitbulls* no es espuria —la evidencia establece claramente que la peligrosidad existe en la clase de los *pitbulls* en mayor grado que en la clase de todos los perros, y en mayor grado que en casi todas las subclases que llamamos razas—, pero sigue siendo indiscutible que muchos *pitbulls*, muy posiblemente la gran mayoría de ellos, no son peligrosos en absoluto.

⁹ V. por ejemplo, Allen, “On the Significance of Batting Averages and Strikeout Totals: A Clarification of the ‘Naked Statistical Evidence’ Debate, the Meaning of ‘Evidence’, and the Requirement of Proof beyond a Reasonable Doubt”, en *Tulane Law Review*, pp. 1093-1110; Callen, “Adjudication and the Appearance of Statistical Evidence”, *ibid.*, pp. 457-498; Cohen, “Confidence in Probability: Burdens of Persuasion in a World of Imperfect Information”, en *New York University Law Review*, pp. 385-422; Nesson, “The Evidence or the Event?: On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts”, *Harvard Law Review*, pp. 1378-1385; Saks y Kidd, “Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics”, en *Law and Society Review*, pp. 140-160; Shaviro, “Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice”, en *Harvard Law Review*, pp. 530-554; Thomson, “Liability and Individualized Evidence”, en *Rights, Restitution, and Risk: Essays in Moral Theory*, pp. 225-250; Tribe, “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process”, en *Harvard Law Review*, pp. 1340-1341 (el artículo de Tribe es la fuente original del caso hipotético del Autobús Azul).

¹⁰ N. de la traductora: esta discusión fue abordada por el autor en el capítulo 2 del libro del cual este texto es parte.

Lo mismo ocurre con la Compañía Autobús Azul. Si el atributo relevante es ser propietario de un autobús determinado, como en la segunda versión del Problema del Autobús Azul, y si la Compañía Autobús Azul es propietaria de 80 % de todos los autobuses, entonces la Compañía Autobús Azul posee el atributo de ser propietaria de este autobús concreto con mayor probabilidad que cualquier otro posible demandado, así como los *pitbulls* poseen el atributo de la peligrosidad con mayor probabilidad que la mayoría de las demás razas y con mayor probabilidad que la clase de todos los perros. Además, la Compañía Autobús Azul posee el atributo de ser propietaria del autobús en cuestión con una probabilidad aparentemente suficiente para justificar la responsabilidad en un juicio civil. Si se parte de la hipótesis de que 80 % de los perros agresivos son *pitbulls*, se podría concluir, a falta de más información, que un ataque de un perro agresivo no identificado tiene 80 % de probabilidades de ser un ataque de un *pitbull*. Del mismo modo, si 80 % de los autobuses es propiedad de la Compañía Autobús Azul, podríamos concluir, a falta de más información, que un accidente causado por un autobús no identificado tiene 80 % de probabilidades de haber sido un accidente causado por un autobús de la Compañía Autobús Azul.

Plantear el problema de esta manera nos recuerda otro caso hipotético conocido, ofrecido por el filósofo británico L. Jonathan Cohen. En lo que denomina la Paradoja del Colado o del Intruso, Cohen plantea la hipótesis de un rodeo que cobra por la entrada.¹¹ Durante el rodeo, los organizadores del evento cuentan a los espectadores, y descubren que hay 1 000 asistentes. Cuando al final del rodeo los organizadores cuentan las entradas recogidas en la taquilla, sin embargo, resulta que hay solamente 499 en la caja. El corolario matemático de esto, por supuesto, es que 501 de los 1 000 espectadores del rodeo eran intrusos. Supongamos ahora que los organizadores del rodeo presentan una demanda por ingreso

¹¹ V. Cohen, *The Probable and the Provable*, pp. 74-81. Para ver una muestra de los debates generados por el ejemplo hipotético de Cohen, V. también "The Logic of Proof", en *Criminal Law Review*, pp. 91-103; Eggleston, "The Probability Debate", *ibid.*, pp. 678-688; Kaye, "The Paradox of the Gatecrasher and Other Stories", en *Arizona State Law Journal*, pp. 101-109; y "Paradoxes, Gedanken Experiments and the Burden of Proof: A Response to Dr. Cohen's Reply", *ibid.*, pp. 635-645; y Williams, "The Mathematics of Proof—I", en *Criminal Law Review*, pp. 297-312; "The Mathematics of Proof—II", *ibid.*, pp. 340-354; y "A Short Rejoinder", *ibid.*, pp. 103-107.

fraudulento contra uno —cualquiera— de los 1 000. Nadie vio a esta persona particular ingresar de forma fraudulenta, y no hay otra evidencia que conecte a este demandado con un ingreso fraudulento. Aun así, en ausencia de toda otra evidencia, hay una posibilidad de 0.501 de que esa persona —o cualquiera de los restantes 999 espectadores— sea un intruso. ¿Por qué, entonces, no puede la evidencia estadística ser suficiente por sí misma para garantizar un veredicto, al menos bajo el estándar de preponderancia en litigación civil, en favor de los organizadores del rodeo? El mismo Cohen sostiene que un veredicto de ese tipo sería profundamente injusto. Para él, la paradoja no consiste en la falta de voluntad de los tribunales de dictar una sentencia a favor de los organizadores del rodeo y en contra del presunto intruso, porque Cohen cree que eso sería un error. Más bien, Cohen respalda el hecho de que los tribunales no concedan daños y perjuicios en un caso así, pero le parece desconcertante que los tribunales sigan insistiendo en que el estándar de prueba en los casos civiles es el de preponderancia de la prueba, criterio que la probabilidad de 0.501 de que uno de los espectadores ingresara sin pagar parece satisfacer.

Mi objetivo no es “resolver” la Paradoja del Colado ni el Problema del Autobús Azul. Se trata, sin embargo, de mostrar que ambos problemas pueden ser mejor analizados como variantes del problema más grande de la generalidad en la toma de decisiones. Una manera de hacer esto sería empezar mirando la cuestión de la generalidad como un aspecto del problema de intentar determinar cuándo deberíamos y cuándo no deberíamos utilizar indicadores estadísticamente fiables, mas no universales. En este sentido, la cuestión de la generalidad es “realmente” un problema de inferencia estadística y, por lo tanto, los problemas del Autobús Azul y del Colado, que parecen ser de inferencia estadística, se asemejan al de la generalidad, porque todos se encuentran relacionados con la conveniencia o la justicia de utilizar indicadores estadísticos no universales, pero no indicadores espurios.¹²

¹² N. de la traductora: al inicio del libro, Schauer distingue entre generalizaciones que tienen base estadística o fáctica y aquellas que no la tienen; denomina “no espurias” a las primeras, y “espurias” a las segundas (V. Schauer, *op. cit.*, p. 7).

Alternativamente, y de forma preferente, tanto el Problema del Autobús Azul como la Paradoja del Colado, presentados de manera típica como problemas de inferencia estadística, son fundamentalmente problemas sobre el uso de generalizaciones. En cada uno de ellos, la cuestión no es simplemente un problema de carácter estadístico, sino uno sobre la medida en que podemos emplear, al menos a efectos de la concesión de daños y perjuicios en litigios civiles, generalizaciones sobre los espectadores del rodeo —la mayoría, pero no todos, entraron de forma fraudulenta— y una generalización sobre la Compañía Autobús Azul —es propietaria de la mayor parte de los autobuses de la ciudad—. Cuando la cuestión es planteada de esta manera, los problemas de generalidad y generalización pasan a ser primordiales, y el asunto de la inferencia estadística es visto como otra manera de describir lo que en el fondo es un problema de generalización.

La conveniencia de plantear la cuestión como algo que versa fundamentalmente sobre generalización se vuelve más clara aún una vez que entendemos que lo que la Corte Suprema Judicial de Massachusetts en el *caso Smith* vio como problema no era en absoluto un problema de estadísticas. Más bien, la Corte, aunque sí utilizó el lenguaje potencialmente confuso de las “chances matemáticas” y la “probabilidad”, estaba enfocada de manera primordial en lo que vio como la diferencia entre la llamada evidencia directa o real, por un lado, y el tipo de evidencia que se basa en características de la clase de la cual es miembro el causante alegado, por otro lado.¹³ Esto resulta aún más claro en la Paradoja del Colado. De nuevo, el hecho de que las estadísticas, en el sentido numérico de la palabra, puedan haber sido parte del caso hipotético de los organizadores del rodeo es, en gran medida, irrelevante. Cuando los organizadores presentan una demanda en contra de un individuo en particular, basan su reclamo en la atribución de características

¹³ Uno de los primeros casos judiciales en los que se abordó el problema distinguía entre evidencias probabilísticas y “reales”: “La probabilidad cuantitativa, sin embargo, es solo la mayor posibilidad. No es una evidencia, ni siquiera una evidencia probatoria, de la proposición que debe probarse. El hecho de que en un lanzamiento de dados haya una probabilidad cuantitativa, o una mayor posibilidad, de que caiga un número de puntos inferior a seis no es evidencia alguna de que en un lanzamiento determinado ese haya sido el resultado real. Sin algo más, el resultado real del lanzamiento seguiría siendo totalmente desconocido. La más mínima evidencia real de que los seis de hecho cayeron hacia arriba superaría toda probabilidad de lo contrario” (*Day vs. Boston & Maine Railroad*, 96 Me. at 207, 52 A. at 774, citado en Thomson, *op. cit.*, p. 234.).

de clase no espurias —la falta de pago del precio de la entrada— a un individuo miembro de esa clase. Al hacer esto, los organizadores se basan en el mismo proceso de generalización en el que se basaba el maestro de Platón al atribuir las características del “rebaño” a cada uno de sus miembros, en el que se basan las ordenanzas sobre los *pitbulls* al atribuir las características de la clase de los *pitbulls* a cada *pitbull* individual, en el que se basan las compañías de seguro al atribuir las características de la clase de conductores masculinos adolescentes a cada conductor masculino adolescente, y en el que nos basamos muchos de nosotros al atribuir la honestidad de la clase de concesionarios de automóviles usados a cada concesionario de automóviles usados. En todos estos casos, el proceso, en última instancia, es el de fundar decisiones, aplicables a todos los miembros de una clase, en características no espurias, pero no universales de la clase como un todo. Este es el proceso de generalización, del cual el problema de la llamada evidencia estadística no es más que un componente.

A pesar de la conclusión del párrafo anterior, quizá no sea demasiado importante si la inferencia estadística es primaria y la generalización es secundaria, o si la generalización es primaria y la inferencia estadística es secundaria. Lo importante es que podamos apreciar que las cuestiones aparentemente desconectadas de la generalidad y la evidencia estadística son, de hecho, marcadamente similares, y que los recursos que nos permiten comprender y tratar el problema de la generalidad son los mismos que pueden utilizarse para comprender y tratar los problemas sobre el uso de evidencia estadística en juicios civiles y penales. Y una vez que comprendamos esto, quedan algunas cuestiones más por decir sobre los problemas de evidencia estadística y la luz que arrojan sobre la cuestión de la generalidad.

III. Inferencia probabilística en un mundo "a todo o nada"

Los problemas del Autobús Azul y del Colado son, en un sentido importante, ejemplos de la forma “a todo o nada” con la que funciona la mayoría de los aspectos de los sistemas jurídicos modernos. En gran parte de la vida no jurídica, las personas pueden actuar sobre su incertidumbre tomando decisiones de acuerdo

con el principio del valor esperado. Al hacer eso, evalúan un resultado incierto multiplicando el valor de algún conjunto de consecuencias por la probabilidad de que esas consecuencias se produzcan. El producto es el valor esperado de esas consecuencias. Si usted tiene 50 % de posibilidades de ganar diez dólares, el valor para usted es de cinco dólares. De la misma manera que una apuesta de ocho dólares es, por tanto, una buena apuesta si se apuesta por 10 % de posibilidades de ganar cien dólares, también actuamos de forma similar en gran parte de nuestra vida cotidiana. Realizamos menos inversiones arriesgadas que otras más seguras, hacemos compromisos más limitados cuando no estamos seguros respecto del valor de lo que estamos comprometiendo que cuando tenemos mayor confianza, calculamos la suma por asegurar basándonos en el valor esperado —al igual que la compañía de seguros para determinar cuánto nos cobra—, planificamos los tiempos de viaje teniendo en cuenta la probabilidad de que se produzcan retrasos, y calculamos las multas esperadas para decidir si merece la pena cometer pequeñas ilegalidades, como aparcar por tiempo extra. Todas estas decisiones y muchas otras hacen que la expresión “proteger las propias apuestas”¹⁴ se aplique a muchos más aspectos de nuestra vida que a una visita ocasional al hipódromo. En estos casos, y en muchos más, una concepción imprecisa pero útil del valor esperado guía muchas de nuestras decisiones diarias.

Dado que los estadísticos comprenden y usan el principio del valor esperado, para ellos la Paradoja del Colado puede no ser en absoluto una paradoja. Si existe una probabilidad de 0.51 de que un espectador dado haya entrado fraudulentamente, y si el costo de la entrada es de un dólar, entonces el estadístico ve la solución fácil: los organizadores del rodeo recuperan 51 centavos por cada uno de los 1 000 espectadores. De esta manera, los organizadores del rodeo solo recuperan su parte justa de la recaudación, y cada espectador es responsable solo en la medida de la probabilidad de que haya entrado sin pagar. Y lo mismo ocurre con el Problema del Autobús Azul. Si existe una posibilidad de 0.80 de que el

¹⁴ N. de la traductora: en el original aparece como “*hedge one’s bets*”, expresión que se utiliza para referirse a la minimización de riesgos, es decir, protegerse a sí mismo de la pérdida apostando a más de un posible resultado o a ambas partes en una competencia. Se utiliza en diversos contextos: juegos, competencias, inversiones, etcétera.

autobús que haya causado daños de forma claramente negligente por el valor de 1 000 dólares a, digamos, Betty Smith, sea un autobús propiedad de y operado por la Compañía Autobús Azul, el principio del valor esperado indicaría que la Compañía Autobús Azul debería resarcir a Smith por un total de 800 dólares.

El derecho, sin embargo, no opera de esta manera. Aunque resulte extraño para el estadístico, el derecho concedería a Smith toda la indemnización por daños y perjuicios si probara su caso con una probabilidad de 0.51, y nada si lo probara con una probabilidad de 0.49. Y no le daría ni un dólar más si probara su caso con una probabilidad de 0.90 que si lo probara con una probabilidad de 0.51. Salvo raras excepciones, el valor esperado del reclamo de un demandante, por el cual el alcance de la evidencia del demandante sería multiplicado por el alcance de los daños del demandante, no es un principio de los sistemas jurídicos desarrollados.¹⁵ Estos sistemas, que vemos en todo el mundo, son asuntos “a todo o nada”.¹⁶

¹⁵ Entre las excepciones se encuentra el caso aislado que distribuye la responsabilidad por los “daños masivos” en función de la cuota de mercado de varios posibles demandados. El más destacable es el ampliamente discutido *Sindell vs. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588, 163 Cal. Rptr. 132, 607 P.2d 924, que distribuye la responsabilidad entre 11 fabricantes del producto farmacéutico dietilestilbestrol (DES), un fármaco diseñado para prevenir los abortos espontáneos pero que, aunque era relativamente ineficaz para disminuir el riesgo de aborto, aumentaba el riesgo de cáncer en las hijas de las mujeres que lo tomaban. El caso es útilmente discutido, entre otros, en Robinson, “Multiple Causation in Tort Law: Reflections on the DES Cases”, en *Virginia Law Review*, pp. 713-769; y Thomson, “Remarks on Causation and Liability” en *Rights, Restitution, and Risk*, pp. 192-224. Sin embargo, aunque mucha gente encuentra cierto atractivo intuitivo en asignar 80 % de los daños al demandado A, que tiene 80 % del mercado, y 20 % de los daños al demandado B, que tiene 20 % del mercado, al menos en un caso presentado por 1 000 demandantes en situación idéntica, las intuiciones parecen cambiar, tal vez de forma irracional y tal vez no, cuando se permite que un solo demandante en un solo caso contra el demandado A cobre 80 % de sus daños contra el demandado A.

Hay quienes defienden que el sistema jurídico se ajuste más a los principios del valor esperado. V. Abramowicz, “A Compromise Approach to Compromise Verdicts”, en *California Law Review*, pp. 231-314; Coons, “Approaches to Court Imposed Compromise—The Uses of Doubt and Reason”, *Northwestern University Law Review*, pp. 750-793; “Compromise as Precise Justice”, en *California Law Review*, pp. 250-273; Rosenberg, “The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A ‘Public Law’ Vision of the Tort System”, en *Harvard Law Review*, pp. 849-929; “Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don’t”, en *Harvard Journal on Legislation*, pp. 393-432; y Shavell, “Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability”, en *Journal of Law and Economics*, pp. 587-609. Hay otros, sin embargo, que siguen teniendo dudas al respecto.

¹⁶ La idea de “todo o nada” impregna el derecho contractual, por ejemplo, ya que la ley opera de tal manera que, si se cumplen todas las formalidades de un contrato, ambas partes están obligadas a todos los términos, pero si hay algo menos que una completa “reunión de las mentes” en cuanto a todos los términos, entonces no hay ningún contrato, y nadie está obligado a nada. V. Ben-Shahar, “Against the

En el contexto de un caso penal, nuestras intuiciones confirman el abordaje del derecho. Si hay una posibilidad de 0.70 de que el acusado haya cometido una agresión agravada, y si la pena para una agresión agravada es de diez años de prisión, pocos de nosotros, y ni siquiera los estadísticos, estaríamos cómodos imponiendo una pena de siete años basada en el principio de valor esperado. Y quizás eso es así por la fuerza de la máxima, formulada por primera vez por William Blackstone, de que “es mejor que diez personas culpables escapen, a que una inocente sufra”.¹⁷ El valor que le damos a la libertad, y por lo tanto la gravedad del error de denegarle libertad al inocente, nos hace sentir incómodos con encarcelar a aquellos que tienen 0.30 de probabilidad de no haber hecho nada malo y, por lo tanto, el principio del valor esperado es debidamente ajeno al derecho penal.

En casos civiles, sin embargo, la aversión a los veredictos de valor esperado parece menos justificable. Después de todo, el demandante en un caso típico de negligencia alega haber sido dañado por la falta de otra persona que no hizo nada malo. En tal caso, no está claro por qué denegar erróneamente la indemnización a un demandante que lo merece es un error menos perjudicial que conceder erróneamente la indemnización contra un demandado no negligente. En otras palabras, el estándar de la preponderancia de la prueba presupone que las denegaciones y los otorgamientos erróneos de responsabilidad son igualmente lamentables.¹⁸ El falso positivo no es peor que el falso negativo. Y si esto es así, si los errores de Tipo I y de Tipo II, para usar el lenguaje de los estadísticos, son equivalentes, entonces no está en absoluto claro que la aversión a los veredictos de valor esperado en los casos penales deba ser extendida a los casos civiles.

El derecho, sin embargo, no está de acuerdo, y continúa insistiendo de forma sistemática, y quizás perversa, en un enfoque “a todo o nada”. A pesar de las lecciones del análisis del valor esperado, el derecho desestima como demasiado

‘Meeting of the Minds’: Exploring a New Basis for Contractual Liability”, en *Harvard Law School Faculty Workshop Paper*.

¹⁷ Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, p. 358.

¹⁸ V. Lempert, “Modeling Relevance”, en *Michigan Law Review*, pp. 1021-1057.

simple la solución de los estadísticos a la Paradoja del Colado y al Problema del Autobús Azul. La mayoría de los sistemas jurídicos continúa resistiéndose a los resultados del valor esperado y, a raíz de ello, es plausible concluir que las dificultades presentadas por el Problema del Autobús Azul, la Paradoja del Colado y otros ejemplos reales e imaginarios son, en gran medida, producto del carácter “a todo o nada” de la mayoría de las decisiones jurídicas.

Sin embargo, una vez que vemos la relación entre las paradojas del derecho probatorio y la naturaleza “a todo o nada” de las decisiones jurídicas, podemos entender el problema más amplio de la generalización bajo una nueva luz. Porque si el problema de la inferencia estadística en el derecho probatorio es, como hemos observado, poco más que una instancia del problema de la generalización, entonces los problemas creados por un sistema jurídico “a todo o nada” son paralelos a los problemas de los aspectos “a todo o nada” de muchas otras dimensiones de nuestra vida decisoria. En numerosos casos en los que empleamos generalizaciones probabilísticas, pero no universales en la toma de decisiones ordinaria, lo hacemos porque la naturaleza de la decisión hace imposible o, como mínimo, poco práctica una decisión basada en el valor esperado. Si estoy buscando una mascota, no es posible tener un *pitbull* uno de cada siete días, y un *golden retriever* los otros seis. De manera similar, los funcionarios fiscales rara vez realizan auditorías parciales —aunque algunas auditorías sean más exhaustivas que otras—, los funcionarios de aduana rara vez realizan inspecciones parciales, la policía no puede realizar controles parciales, las compañías aéreas no creen poder resolver el problema de los pilotos que tienen 10% más de probabilidades de provocar un accidente haciéndolos volar 10 % menos, y los árbitros de hockey que están 75 % seguros de que un jugador ha cometido una infracción por alzar su palo no tienen la opción de enviar al infractor al área de penalización durante noventa segundos en lugar de los dos minutos designados para esa infracción, del mismo modo que un árbitro de fútbol americano que no está seguro de si un liniero defensivo estaba en fuera de juego no puede sancionarlo con tres yardas en lugar de cinco.

Estos y muchos otros ejemplos sugieren que la vida, así como el derecho, es frecuentemente un asunto “a todo o nada”, y que lo que parece a primera vista ser

una cualidad especial de los sistemas jurídicos puede en realidad ser encontrada en gran parte de las decisiones no jurídicas. En más casos de los que nosotros o los estadísticos podríamos suponer, quienes toman decisiones no jurídicas a menudo entienden que están tomando decisiones “a todo o nada” —contrato a esta persona como niñera o no— en las que el enfoque del valor esperado simplemente no está disponible. El uso de generalizaciones, por lo tanto, no solo parece ser una consecuencia de la frecuente necesidad de utilizar las generalizaciones como una estrategia para ahorrar tiempo y esfuerzo en circunstancias en las que las constataciones individuales probablemente serían demasiado costosas o demasiado propensas a los errores de la discreción, sino que también es una consecuencia de que la toma de decisiones basada en el valor esperado es considerablemente más ajena a la vida cotidiana de lo que podríamos haber advertido en un principio.

IV. Individualidad y fiabilidad

Es, pues, la naturaleza de la mayor parte de las decisiones jurídicas y —más de lo que creíamos— de las no jurídicas la que requiere que nos comprometamos con el enfoque “a todo o nada”. En consecuencia, si la naturaleza “a todo o nada” de la toma de decisiones nos empuja hacia lo que son, para muchas personas, resultados injustos, entonces una manera de entender la intuición detrás de la regla de Smith es como un deseo de minimizar el número de resultados erróneos inevitablemente generados por procedimientos decisorios “a todo o nada”. Quizás la insistencia en la llamada evidencia directa o real, como sostuvo ingenuamente la Corte en *Smith*, se explica por una reticencia a forzar al sistema jurídico a aceptar la tasa de error de 20 %, que acarrearía reconocerle a Betty Smith 100 % de los daños, con una probabilidad de 80 % de responsabilidad de Rapid Transit.

Sin embargo, si el objetivo es la minimización de este tipo de errores, entonces es difícil ver cómo un supuesto requisito de evidencia “directa” o “real” sirve para alcanzarlo. Inicialmente, podemos preguntar qué quiso decir la Corte Suprema Judicial de Massachusetts con los términos *directa* y *real*. Presumiblemente, la Corte tenía en mente evidencia que proviniera de la percepción de un testigo,

con ese mismo testigo luego declarando tal percepción ante el tribunal.¹⁹ Típicamente, se trataría de una percepción visual —un testimonio ocular—, aunque puede haber también percepciones de cualquiera de los demás sentidos —oído, olfato, gusto y tacto—. Pero, aparte de la percepción sensorial testificada bajo juramento por el perceptor ante el tribunal, es difícil ver lo que la Corte podría haber querido decir con los términos *directo* y *real*.

Si *directo* y *real* se refieren a evidencia perceptual testificada por el perceptor, entonces debemos considerar la fiabilidad de esta evidencia, comparándola con la alegada evidencia indirecta o “no real” ofrecida en *Smith* y en otros casos similares. Consideremos, entonces, otra variante hipotética del caso de Betty Smith. Supongamos que Betty Smith testificó que vio lo que parecían las palabras “Rapid Transit” escritas en letras rojas en el costado del autobús azul que la chocó. Pero luego supongamos que en el interrogatorio la exactitud de su relato es cuestionada por el abogado de Rapid Transit. Betty Smith, permítannos suponer, es forzada a admitir que estaba nebuloso y lluvioso esa noche, que los anteojos que siempre usa se le salieron debido al impacto del accidente, que no reportó por primera vez su observación de las palabras “Rapid Transit” al oficial de policía que fue a la escena del accidente, sino después, luego de haber consultado con un abogado, y que vio las palabras solo cuando el autobús se estaba alejando de ella, en un ángulo de su visión directa, a una velocidad no menor a treinta millas por hora, y a una distancia no menor a 200 pies. A pesar de todas estas razones para dudar de la exactitud de la observación hipotética de Smith de las palabras “Rapid Transit”, y a pesar del hecho de que sería razonable ubicar la probable exactitud de su observación de las palabras “Rapid Transit” a mucho menos de 0.80, el mismo tribunal que se negó a permitir que el caso real llegara a consideración del jurado, incluso con una probabilidad muy superior a 0.80 de que el autobús en cuestión fuera un autobús de Rapid Transit, casi con toda seguridad habría permitido que el caso de la “observación borrosa” llegara ante el jurado con una probabilidad muy inferior a 0.80 de que el autobús en cuestión fuera un autobús de Rapid Transit. En este caso hipotético, el tribunal habría dicho, con toda

¹⁹ De hecho, eso explicaría por qué hemos llegado a referirnos como *testigos* a quienes declaran en los tribunales, aunque muchas de esas personas —como los peritos— no han presenciado nada.

probabilidad, que esos problemas de credibilidad son para que el jurado, y solo el jurado, los determine.

Parte de esta anomalía de excluir evidencia estadística más fiable y admitir testimonios personales menos fiables es explicada por la difundida —pero carente de soporte empírico— confianza en la identificación de los testigos oculares. Aunque persiste un aura de credibilidad históricamente asociada a las declaraciones de los testigos oculares, una serie de investigaciones psicológicas importantes ha establecido que gran parte de esta fe histórica en los testimonios oculares carece de una base empírica sólida. La gente frecuentemente ve lo que quiere ver, o ve lo que consideran que se espera que vean, o lo que están positivamente reforzados a ver. Para decirlo de una manera ligeramente diferente, las percepciones de las personas están, generalmente o siempre, filtradas por sus propios sesgos, prejuicios y preconcepciones; ellas simplemente olvidan o recuerdan mal lo que ven, y son afectadas por otras deficiencias cognitivas que hacen a las declaraciones de los testigos oculares mucho menos fiables de lo que la sabiduría convencional podría suponer.²⁰ Si la preferencia por la evidencia directa o real se basa en una preferencia por la percepción por sobre la inferencia, entonces casi todo lo que sabemos acerca de las deficiencias de las percepciones humanas arroja dudas sobre tal preferencia.

Estas dudas sobre las capacidades perceptivas se ven exacerbadas por la tendencia de las personas no solo a sobreponderar la percepción como una cuestión empírica, sino también a ignorar lo que los estadísticos y psicólogos llaman *tasas*

²⁰ Para un excelente estudio de la literatura, V. Schacter, *Searching for Memory: The Brain, the Mind, and the Past*. V. también Loftus, *Eyewitness Identification*; Loftus y Doyle, *Eyewitness Testimony: Civil and Criminal*; Wells y Loftus, *Eyewitness Testimony: Psychological Perspectives*; y Davis y Follette, “Foibles of Witness Memory for Traumatic/High Profile Events”, en *Journal of Air Law and Commerce*, pp. 1421-1548. Algunos buenos ejemplos de los estudios son Loftus *et al.*, “The Reality of Illusory Memories”, en Schacter, *Memory Distortion: How Minds, Brains, and Societies Reconstruct the Past*; Loftus *et al.*, “Semantic Integration of Verbal Information into a Visual Memory”, en *Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory*, pp. 19-31; Wells y Bradford, “Good, You Identified the Suspect: Feedback to Eyewitnesses Distorts Their Reports of the Witnessing Experience”, en *Journal of Applied Psychology*, pp. 360-372.

Aunque no en la misma medida que el testimonio ocular, la evidencia de las huellas dactilares es científicamente entendida como menos fiable de lo que la sabiduría convencional asume. V. Mnookin, “Fingerprint Evidence in an Age of DNA Profiling”, en *Brooklyn Law Review*, pp. 13-70.

base, lo que lleva a la gente a cometer errores tanto lógicos como empíricos.²¹ Consideremos un ejemplo que se hizo famoso de la mano de Amos Tversky y Daniel Kahneman, un ejemplo que se asemeja mucho al Problema del Autobús Azul.²² Supongamos que la Compañía Taxi Verde es propietaria y operadora de taxis que son de color verde, y que la Compañía Taxi Azul es propietaria y operadora de taxis azules. El 85 % de los taxis de la ciudad son taxis verdes de la Compañía Taxi Verde, y el otro 15 % son taxis azules de la Compañía Taxi Azul. Como en el *caso Smith*, supongamos que un auto es desplazado o expulsado de la carretera por un taxi, y un testigo está 100 % seguro, presumiblemente por la luz que está arriba del taxi, de que el auto “culpable” es un taxi, y está confiado, pero no seguro, de que el taxi culpable era azul. Supongamos que el testigo está 80 % seguro de que el taxi era azul y que entonces era un taxi de la Compañía Taxi Azul. Sobre esta base, ¿es más probable que el taxi haya sido un taxi verde de la Compañía Taxi Verde, o un taxi azul de la Compañía Taxi Azul?

A partir de estos hechos, la mayoría concluiría, con el testigo, que es más probable que fuera un taxi azul que un taxi verde, y que la Compañía Taxi Azul, por lo tanto, debe ser considerada responsable. Pero esta conclusión, justamente, es equivocada. La conclusión de que el taxi era probablemente azul debido a que el testigo así lo sostuvo con un grado de confiabilidad moderadamente alto ignora la tasa base de distribución de taxis. Para la mayoría de las personas, lo que perciben como “evidencia” eclipsa la tasa base subyacente. En otras palabras, la conclusión de que el taxi era azul ignora el hecho de que la probabilidad de error del testigo —de 0.2— debe ser aplicada a la distribución real entre taxis azules y verdes, y no a una distribución presumida de 50-50, cuando la distribución no

²¹ V. Faigman y Baglioni, Jr., “Bayes’ Theorem in the Trial Process: Instructing Jurors on the Value of Statistical Evidence”, en *Law and Human Behavior*, pp. 1-17; Manis, Dovalina, Avis y Cardoze, “Base Rates Can Affect Individual Predictions”, en *Journal of Personality and Social Psychology*, pp. 231-248. El fenómeno existe tanto entre profesionales como entre la gente común. V. Balla, Iansek y Elstein, “Bayesian Diagnosis in Presence of Pre-Existing Disease”, en *The Lancet*, pp. 326-329. Sobre la cuestión de la tasa base aplicada al derecho y el problema de las evidencias estadísticas, V. Koehler y Shaviro, “Veridical Verdicts: Increasing Verdict Accuracy through the Use of Probabilistic Evidence and Methods”, en *Cornell Law Review*, pp. 247-279.

²² V. Tversky y Kahneman, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, en *Science*, pp. 1124-1131.

es, de hecho, de 50-50. Así, el número de casos, con estas probabilidades, en los que un testigo dijo que el taxi era azul cuando era verde, resulta ser algo mayor que el número de casos en los que un testigo dijo que el taxi era verde cuando era azul. Con estas probabilidades, de hecho, la probabilidad de que el taxi sea verde es de 0.59 a pesar del hecho de que el testigo estaba 0.80 seguro de que era azul.²³

La tendencia a ignorar la tasa base, combinada con la tendencia a sobreestimar la confiabilidad de los testimonios oculares —que puede ser un factor que contribuye a la voluntad de las personas de ignorar la tasa base en casos como estos—, hace que el predominante escepticismo del sistema jurídico respecto a la evidencia estadística resulte aún más desconcertante. Como pretenden ilustrar los ejemplos anteriores de observaciones borrosas o de alguna manera inciertas, el tipo de evidencia que se suele considerar directa o no estadística es frecuentemente mucho menos fiable que la evidencia que frecuentemente se considera indirecta o estadística. O, para traducir esto al lenguaje de la generalidad, puede con frecuencia darse el caso de que las inferencias que se extraen de las generalizaciones no espurias, pero no universales sean empíricamente más fuertes que las inferencias que se extraen de los enfoques de toma de decisiones que aparentemente no se basan en generalizaciones o, al menos, se basan en generalizaciones más pequeñas que grandes.

Hay un paralelo interesante entre la preferencia tradicional, pero equivocada, de los sistemas jurídicos —y del público— por los testimonios oculares y la tradicional —y frecuentemente igual de equivocada— preferencia de muchos psicólogos y físicos por las evaluaciones clínicas, como opuestas a las evaluaciones actuariales. Supongamos que la cuestión, muy común, es tratar de predecir qué delincuentes, si se les otorga la libertad condicional, cometerán otros delitos. O supongamos que se trata de la cuestión similar de qué personas, habiendo sido

²³ Estas cifras pueden calcularse mediante la aplicación de la regla de Bayes, de forma que la probabilidad de que el taxi culpable sea un taxi azul dado que el testigo declaró que era un taxi azul es de 0.41, mientras que la probabilidad de que el taxi sea un taxi verde dado que el testigo declaró que era un taxi azul es de 0.59. Para los cálculos, V. Hacking, *An Introduction to Probability and Inductive Logic*, pp. 72-73.

absueltas de algún delito por insania, pueden ser liberadas de manera segura en sociedad. En estos y otros casos relacionados, la opinión tradicional ha sido que un examen psicológico completo y cara a cara —una evaluación clínica— es el método más fiable para predecir la peligrosidad. Sin embargo, muchos estudios modernos han mostrado que las evaluaciones actuariales resultan ser más fiables que las clínicas.²⁴ Si en lugar de realizar una evaluación clínica las autoridades observaran un grupo de indicadores testeados actuarialmente, pero identificados de manera más fácil —naturaleza del delito, edad del acusado, cantidad de delitos previos, etcétera— tendrían indicadores más fiables de peligrosidad que si se basaran en evaluaciones clínicas; y esto es así aunque las evaluaciones clínicas tengan en cuenta estos mismos factores junto con otros que el clínico considere relevantes en el caso concreto. Este resultado puede parecer, a primera vista, sorprendente, pero se parece mucho al problema del testimonio ocular. Los clínicos, incluso los bien preparados, muchas veces confían excesivamente en sus percepciones, a veces están influidos por sesgos y agendas que ellos mismos no pueden apreciar por completo, y son frecuentemente resistentes a las tasas base de peligrosidad aplicables a la población que están evaluando.²⁵ Por estas y por otras razones, por lo tanto, confiar en generalizaciones actuariales suele ser más fiable que confiar en las percepciones directas y las intuiciones de los profesionales, incluso de los altamente capacitados.

²⁴ V. por ejemplo, Monahan, *Predicting Violent Behavior: An Assessment of Clinical Techniques*, p. 97; Quinsey, Harris, Rice y Cormier, *Violent Offenders: Appraising and Managing Risk*; Douglas *et al.*, “Empirically Validated Violence Risk Assessment”, en *Legal and Criminological Psychology*, pp. 149-184; Gottfredson, “Statistical and Actuarial Considerations”, en Fernaud y Foust, *The Prediction of Criminal Violence*, pp. 71-81; Hilton y Simmons, “The Influence of Actuarial Risk Assessment in Clinical Judgments and Tribunal Decisions about Mentally Disordered Offenses in Maximum Security”, en *Law and Human Behavior*, pp. 393-408; Ward y Dockerill, “The Predictive Accuracy of the Violent Offender Treatment Program Assessment Scale”, en *Criminal Justice and Behavior*, pp. 125-140. Hay voces ocasionales que discrepan. V. Melton *et al.*, *Psychological Evaluations for the Courts: A Handbook for Mental Health Professionals and Lawyers*; Litwack, “Actuarial versus Clinical Assessments of Dangerousness”, en *Psychology, Public Policy, and Law*, pp. 409-443.

²⁵ Sobre el fenómeno del exceso de confianza profesional, incluida su relación con los problemas de la tasa base, V. Greening y Chandler, “Why It Can’t Happen to Me: The Base Rate Matters, but Overestimating Skill Leads to Underestimating Risk”, en *Journal of Applied Social Psychology*, pp. 760-780; y Camerer y Lovallo, “Overconfidence and Excess Entry: An Experimental Approach”, en *American Economic Review*, pp. 306-318.

Ya sea que estemos hablando de evidencia en el tribunal o de evaluaciones de peligrosidad por parte de psicólogos, la frecuente superioridad empírica de la toma de decisiones por generalización sobre la percepción directa individual puede no ser todo lo que hay que considerar. Las personas pueden creer que existe un imperativo moral a la individuación máxima en la toma de decisiones, incluso si las prácticas reales de tal individuación son menos fiables que la alternativa.²⁶ Pero, como mínimo, la preferencia por la individuación, de la que el caso de Betty Smith no es más que un ejemplo, no puede ser considerada plausiblemente como basada en una mayor precisión de la toma de decisiones no generalizada.

La posibilidad de que confiar en generalizaciones que se sabe desde el principio que son imperfectas pueda aun así ser empíricamente superior a confiar en evaluaciones supuestamente directas o individualizadas también reproduce importantes aspectos del debate sobre las virtudes y los vicios de las reglas y de la toma de decisiones basada en reglas. Como generalizaciones prescriptivas, las reglas necesariamente conllevan la posibilidad de que su aplicación estricta produzca resultados subóptimos en algunos casos, en los que la *suboptimalidad* es medida con relación al resultado que podría haberse producido por una aplicación precisa de las razones subyacentes que están detrás de las reglas.²⁷ Para tomar un ejemplo anticuado del mundo de la filosofía jurídica: si para evitar el ruido en el parque —razón subyacente— prohibimos el ingreso de todos los vehículos al parque —regla—, entonces producimos un resultado subóptimo siempre que excluamos los vehículos no ruidosos —bicicletas y autos eléctricos— y siempre

²⁶ Judith Thomson, en “Liability and Individualized Evidence”, parece acercarse a este punto de vista al basar su apoyo a la exigencia de evidencia individualizada en el modo en que una persona que afirma saber algo está ofreciendo una garantía de su verdad, incluso cuando la garantía tiene tantas probabilidades de ser infundada como una garantía procedente únicamente de probabilidades agregadas. Sin embargo, en la medida en que su argumento se basa en que hay una diferencia importante entre “Sé *x*” y “Creo con una alta probabilidad que *x*”, entonces solo puede ser una versión muy sofisticada de la opinión de que la evidencia probabilística es, por razones misteriosas, inferior a otros tipos de evidencia.

²⁷ Mi propio desarrollo de este tema se encuentra en Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Analysis of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*; “On the Supposed Defeasibility of Legal Rules”, en, *Current Legal Problems* 1998, pp. 223-240; “Prescriptions in Three Dimensions”, *Iowa Law Review*, pp. 911-922; y “The Practice and Problems of Plain Meaning”, en *Vanderbilt Law Review*, pp. 715-741.

que no excluyamos los artefactos ruidosos que no son vehículos —instrumentos musicales y radios a todo volumen—. ²⁸

La inevitable *suboptimalidad* de las reglas, sin embargo, se basa en una suposición acerca de la exactitud de la toma de decisiones individuales. Sabemos, no obstante, que esa exactitud a veces no existe, especialmente cuando existen razones de sesgos y errores, entre otras, para desconfiar de la fiabilidad de las decisiones individualizadas. Si hubiera bases para creer que los oficiales encargados de hacer cumplir la ley cometerían numerosos errores al tratar de determinar cuáles instrumentos son ruidosos y cuáles no, entonces en la práctica la regla subóptima podría muy bien producir menos errores que la teóricamente óptima evaluación individualizada.

La misma cuestión surge en un contexto reciente y muy real. Frente a la evidencia de que muchos accidentes automovilísticos fatales —posiblemente tantos como mil por año en Estados Unidos— han sido causados por conductores desatentos que hablaban por sus teléfonos celulares cuando deberían haber estado mirando la carretera, el estado de Nueva York promulgó una ley que prohíbe que las personas usen sus teléfonos mientras manejan, y muchos otros estados y países fuera de los Estados Unidos están ahora considerando leyes similares. Pero, como con las prohibiciones de los *pitbulls*, la gente se quejó porque enfocarse solo en los usuarios de teléfonos celulares era tanto sub como sobreincluyente, y por lo tanto, injusto. ²⁹ Así como muchos *pitbulls* no son agresivos y muchos otros tipos de perros pueden serlo, los usuarios y la industria de teléfonos celulares sostuvieron que, para muchas personas, hablar por teléfono mientras manejan no es más distractorio que escuchar la radio o conversar con un pasajero, lo que hace que la ley sea sobreincluyente, y que había muchas otras fuentes de distracción no

²⁸ El ejemplo “prohibidos los vehículos en el parque” tiene su origen en Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, p. 607.

²⁹ Para un buen resumen de los debates, combinado con una crítica a los enfoques regulatorios actualmente contemplados, V. Hahn y Dudley, “The Disconnect between Law and Policy Analysis: A Case Study of Drivers and Cell Phones”, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies Working Paper 02-7. V. también Redelmeier y Weinstein, “Cost-Effectiveness of Regulations against Using a Cellular Telephone while Driving”, *Medical Decision Making*, pp. 1-8.

cubiertas por la ley, como los carteles publicitarios, lo que la hace subincluyente. Como consecuencia, algunos estados, como New Hampshire, rechazaron las regulaciones específicas sobre los teléfonos celulares, y en su lugar promulgaron leyes que prohibían ya no el uso de teléfonos celulares, sino manejar estando distraído.

Al igual que en los debates sobre los vehículos en el parque y sobre las evaluaciones clínicas de peligrosidad, la cuestión de los teléfonos celulares ilustra la discusión entre las virtudes de las regulaciones ciertamente sobre o subincluyentes con indicadores fácilmente identificables —o se habla por teléfono o no, y no es tan difícil para un oficial de policía hacer esa determinación— y las virtudes de una evaluación más sensible, determinando en cada caso individual si el conductor estaba o no distraído. Por supuesto, tanto la determinación sensible del oficial de policía sobre cuáles conductores están distraídos y cuáles no, como la determinación sensible del clínico sobre cuáles delincuentes todavía resultan peligrosos y cuáles no, también están sujetas a errores. No se trata de los errores incorporados a las crudas pero simples medidas actuariales; en cambio, son los errores que se producen cuando los oficiales de policía, al igual que los psicólogos clínicos, sustituyen con errores de percepción equivocada y sesgos, entre otros, por errores que podrían formar parte del uso de una evaluación actuarial no universal pero estadísticamente fiable y fácil de aplicar, de la cual la evaluación actuarial que sostiene que el uso de teléfonos celulares es una distracción habitual para los conductores no es más que un ejemplo.

El debate sobre la evidencia estadística, entonces, es como los debates sobre las evaluaciones clínicas, y muy similar a los debates acerca de las reglas, ya sea que se trate de *pitbulls*, vehículos en el parque o teléfonos celulares. Cada uno de estos debates resulta ser uno acerca de las ventajas o desventajas de basarse en generalizaciones no espurias, pero no universales, y obliga a centrarse en las ventajas y desventajas de apoyarse en generalizaciones en comparación con confiar en evaluaciones aparentemente más individualizadas. Cuando observamos la evidencia, suele ocurrir que la aversión a la generalización descansa en fundamentos empíricos erróneos. La aversión a la generalización se basa típicamente en la ausencia de voluntad para aceptar los errores que la toma de decisiones por generali-

zación necesariamente conlleva. Es frecuentemente menos reconocido que una aversión a generalizar en gran escala debe asumir que los seres humanos reales que toman decisiones más individualizadas cometerían en la práctica menos errores que aquellos que las toman basándose en la generalización. Sin embargo, como muestra la comparación del índice de falta de fiabilidad de los testimonios oculares con la mayor fiabilidad de al menos algunas generalizaciones estadísticas, y como refuerzan los estudios que comparan las evaluaciones psicológicas actuariales con las clínicas, esta suposición es a menudo simplemente falsa. Si hay algo problemático en confiar en generalizaciones más amplias *per se*, no puede ser el hecho de que haya una buena razón para creer que esa confianza necesariamente —o incluso de manera probable— produzca más errores que la alternativa.³⁰

V. La naturaleza no individual de la evidencia individualizada

La objeción a preferir la evidencia denominada directa o real por sobre otros tipos de evidencia, sin embargo, no es solamente una objeción empírica. Más bien, la objeción descansa también en comprender que evitar las generalizaciones es, con pocas o ninguna cualificación, simplemente imposible. Dicho de otro modo, incluso aquellas decisiones que aparecen inicialmente como máximamente individuales, que parecen ser “directas” o “reales”, en palabras de la Corte Suprema Judicial de Massachusetts en el caso *Smith*, puede que se basen más en generalizaciones de lo que mucha gente supone. La inevitabilidad de la generalización fue la conclusión de nuestro análisis de la regulación de los *pitbulls* y, si consideramos que *directa* podría posiblemente significar ‘opuesta a la evidencia estadística’, el punto resulta aún más claro.

³⁰ Gran parte de la filosofía normativa se centra propiamente en las condiciones ideales y en los presupuestos de cumplimiento estricto. V. especialmente, Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 8-9, 142-145, 245-246. Desde esa perspectiva se podría objetar aquí que mi enfoque en los individualizadores equivocados, aunque sean reales, carece de interés teórico. Pero si estamos en el reino de la teoría ideal, también podríamos estipular que nuestras generalizaciones serían universales, y no tan imprecisas como suelen ser las generalizaciones reales. El mismo hecho de que estemos considerando generalizaciones cuya propia imprecisión se encuentra en el ámbito de la teoría no ideal autoriza, y de hecho exige, que también consideremos la alternativa a las generalizaciones en el ámbito de la teoría no ideal.

Debido a que la mayoría de quienes leen este libro no son personas con discapacidades visuales, puede resultar más fácil entender la cuestión considerando otro ejemplo hipotético, en este caso uno que involucra la percepción directa, pero no visual. Supongamos que había un pasajero totalmente ciego en el auto de Betty Smith. Y supongamos también que la Compañía Autobús Azul es propietaria de todos los autobuses de la ciudad, e incluso del país y los países aledaños. Debido a que la posibilidad de que haya autobuses que sean de propiedad de otros es minúscula, la demandada Compañía Autobús Azul está preparada para conceder que, si el auto de Betty Smith fue expulsado de la carretera por un autobús, entonces fue expulsado por uno de los autobuses de la Compañía Autobús Azul. El hecho de que Betty Smith fue expulsada de la carretera por un autobús, y no por un auto, camión o alguna pieza de equipamiento de construcción, sin embargo, es algo que la Compañía Autobús Azul no está dispuesta a conceder. Tomando la posición de que la alegada observación de un autobús por parte de Betty Smith fue una invención —la Compañía Autobús Azul es rica y está bien asegurada—, la Compañía Autobús Azul intenta en el juicio poner en duda la parte de su historia que sostiene que fue un autobús el que la expulsó de la carretera. Para contraponerse a la estrategia de la compañía de autobuses, el abogado de Betty Smith llama al estrado de los testigos al pasajero ciego de Smith, Walter Wilson. Wilson entonces testifica que oyó el sonido del vehículo del causante acercarse al auto de Betty Smith, que el vehículo se acercó al auto a una distancia no mayor a la de dos pies, y que el vehículo era definitivamente un autobús. En el contra-interrogatorio del abogado de la Compañía Autobús Azul, Wilson declara su experiencia previa en la percepción de los sonidos de los vehículos y en la deducción de su tamaño, naturaleza y distancia a partir de los sonidos. El abogado de Betty Smith, en apoyo del testimonio de Walter Wilson, presenta dos testigos expertos que refuerzan el relato de Wilson informando que los experimentos de laboratorio confirman la capacidad de las personas ciegas para determinar la proximidad y la naturaleza de los vehículos basándose únicamente en el oído, que es justo lo que Wilson afirmó haber hecho.

No hay, por supuesto, nada más o menos “directo” o “real” o “verdadero” en las percepciones sensoriales auditivas primarias de Wilson que en las percepciones visuales primarias de Smith. Sin embargo, al considerar qué hacer con las percepciones

de Wilson, naturalmente pensaríamos que la validez de estas percepciones depende de un proceso de generalización y de inferencia no segura. Wilson ha percibido ciertos sonidos en el pasado, y estos resultaron ser autobuses. Él ha percibido distancias en el pasado, y estas resultaron ser precisas. Y así sucesivamente. Como resultado, la inferencia de Wilson desde este sonido a esta conclusión —es un autobús a esta distancia— es una inferencia basada en muchos, pero no necesariamente en todos, los sonidos de este tipo que en el pasado resultaron ser autobuses. Esta es una generalización no espuria pero no universal —muchos, pero no todos los sonidos de este tipo son de autobuses— que subyace a lo que parece ser una percepción directa y, por lo tanto, individualizada.

Aunque es menos obvio para quienes podemos ver, el proceso de realizar observaciones visuales a partir de lo que los filósofos denominan “datos sensoriales” no es conceptualmente diferente en el caso de observaciones visuales que en el caso de las auditivas. Y, como los estudios sobre la falta de fiabilidad de las identificaciones de testigos oculares indican, puede que tampoco haya mucha diferencia empírica, no importa cuán difícil sea para quienes podemos ver confrontar la posibilidad de que, más frecuentemente de lo que creemos, deberíamos simplemente no confiar en nuestros ojos. Como resultado, reconocer la manera en que las observaciones visuales aparentemente directas implican un proceso de inferencia y generalización nos permite apreciar que incluso los procesos que inicialmente aparecen como “directos”, “reales” o individualizados dependen mucho más de generalizaciones de experiencias pasadas de lo que frecuentemente se aprecia. Una vez que vemos que toda evidencia es, en su análisis último, probabilística, la distinción entre lo probabilístico y lo “directo”, “real” o “verdadero” emerge como una anomalía aún mayor.

No solo las evaluaciones individualizadas siguen basándose en probabilidades y generalizaciones, sino que tales evaluaciones individualizadas son siempre apenas parcialmente individualizadas, pues omiten numerosas dimensiones del caso particular que podrían ser relevantes en otras circunstancias o con otras reglas. Permitámonos volver al caso real de Smith, y asumamos que lo que la Corte Suprema Judicial estaba buscando era el testimonio de Betty Smith de que ella realmente *vio* las palabras “Rapid Transit” en el lateral del autobús que la expulsó

de la carretera. Pero, incluso si esta evidencia hubiera sido presentada, a Smith no se le habría permitido, de acuerdo con los principios bien aceptados del derecho de daños y del derecho probatorio, testificar sobre cuánto necesitaba el dinero de la indemnización contra Rapid Transit, sobre cuán fácilmente Rapid Transit o su aseguradora podrían haber afrontado los gastos de la condena, sobre cuán ejemplar fue la vida que llevó en el pasado, sobre cuántas veces Rapid Transit fue hallado responsable por la negligencia de uno de sus conductores, o sobre el efecto positivo en la seguridad de los autobuses en la ciudad de Winthrop que para Smith tendría una sentencia incluso equivocada. Sin embargo, en una versión verdaderamente particularista de los eventos, en la que no estamos aplicando una regla jurídica sino simplemente tratando de alcanzar el resultado más justo o el resultado que maximizaría la utilidad, ninguno de estos hechos genuinamente “verdaderos” habría sido considerado irrelevante, y todos ellos serían componentes de una consideración completamente individualizada de todos los aspectos del caso.

Entonces, ¿qué debemos hacer con el hecho de que a Betty Smith no se le hubiera permitido testificar sobre una serie de hechos que una determinación totalmente individualizada podría haber permitido tener en cuenta? Si aceptamos la inevitabilidad y la conveniencia de no permitirle presentar evidencias acerca de su propia necesidad, del seguro de la empresa y de otros elementos similares, podemos ver que la mayoría de las llamadas determinaciones individualizadas no son tan individualizadas como suponemos. Más aún, la exclusión de estos hechos es en sí misma algo que se produce en virtud de la aplicación de una regla —en este caso todas las reglas combinadas del derecho de daños y del derecho probatorio— y que, en consecuencia, opera en virtud de una generalización. Excluimos la evidencia sobre la pobreza del demandante, la riqueza del demandado, la existencia o los términos de la cobertura del seguro, y sobre los actos negligentes del pasado del demandado, entre otros, porque se ha determinado en algún momento previo que esos hechos, *por regla general*, no promoverían la justicia, aumentarían la utilidad, o lo que sea. Pero como se trata de reglas, excluimos la evidencia incluso cuando se demuestra en el caso concreto que su admisión podría servir a la justicia, o podría aumentar la utilidad, o promover algún otro objetivo que

pueda considerarse como una de las justificaciones de fondo que subyacen a las reglas de exclusión.³¹

En muchos casos, las partes de uno u otro lado argumentarán que las normas de exclusión deben ser anuladas en un caso concreto, y que la exclusión provocada por una norma excluyente se concibe mejor en términos presuntivos que absolutos.³² No obstante, cada evidencia inadmitida es típicamente inadmitida, ya sea de manera consciente o no, en virtud de una regla. La regla en sí misma estará basada en una generalización acerca de la común o probable —pero no universal— irrelevancia del hecho excluido, lo que subraya aún más el modo en que la toma de decisiones de forma totalmente individualizada o particularista es en esencia imposible.

Que todas las decisiones aparentemente particulares o individualizadas resulten tener importantes dimensiones de generalidad no es negar del todo la distinción lógica entre lo particular y lo general. Aunque la presión en contra de esta distinción tiene una distinguida procedencia filosófica, no es necesario que examinemos aquí las cuestiones metafísicas y lógicas más profundas sobre la naturaleza y la existencia de la distinción entre lo particular y lo general, o la relación entre particulares y universales.³³ Para nuestros propósitos, la distinción de sentido común entre una cosa y un grupo de cosas será suficiente. El único punto aquí,

³¹ Aquí utilizo la palabra *excluyente* para conectar con la importante idea de Raz de que las reglas operan mediante el uso de razones excluyentes, que excluyen a otras razones de formar parte del proceso de toma de decisiones. V. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*; también, *Practical Reason and Norms*. Para un comentario importante, V. Alexander, “Law and Exclusionary Reasons”, en *Philosophical Topics*, pp. 5-22.

Un buen ejemplo de la exclusión de evidencia estadísticamente relevante al servicio de objetivos más amplios es la exclusión de evidencias sobre la propensión de un acusado a cometer delitos en general, o a cometer delitos de un tipo determinado, sobre la base de condenas anteriores por delitos, o delitos de un tipo determinado. Tales evidencias son estadísticamente relevantes —probatorias, en el lenguaje del derecho probatorio—, pero se excluyen, en parte, en reconocimiento del valor de dar un comienzo totalmente nuevo a las personas que han “pagado su deuda con la sociedad”. Para un debate valioso y escéptico sobre la exclusión tradicional, V. Sanchirico, “Character Evidence and the Object of Trial”, en *Columbia Law Review*, pp. 1227-1311.

³² V. Schauer, “Rules and the Rule of Law”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, pp. 645-694.

³³ V. por ejemplo, Ramsey, *The Foundations of Mathematics and Other Essays*. Entre los hitos de la literatura moderna están Quine, *Word and Object*; “On the Individuation of Attributes” y “Predicates, Terms and Classes”, en *Theories and Things*, pp. 100-112 y 164-172, respectivamente; también Russell, “The

uno importante, es que muchas de las cosas que percibimos como objetos u observaciones particulares dependen de los tipos de generalizaciones, que —incluso si no tienen el mismo estatus metafísico que los verdaderos universales— son en gran medida la materia del razonamiento ordinario. Esto no quiere decir que no haya importantes diferencias de grado entre lo más y lo menos particular y lo más y lo menos general. Sin embargo, una vez que entendemos que la mayoría de las diferencias ordinarias entre la toma de decisiones generales y particulares son diferencias de grado y no de tipo, nos volvemos debidamente escépticos respecto de la opinión generalizada, pero errónea, de que lo particular tiene una especie de natural primacía epistemológica o moral sobre lo general.

Resulta, por lo tanto, que la falta de voluntad de la Corte Suprema Judicial de permitir que un jurado considere el caso de Betty Smith en contra de la compañía Rapid Transit es producto de dos errores significantes: un exceso de confianza en la fiabilidad empírica e incluso en el propio carácter directo de las evidencias directas, y una infravaloración de la continuidad esencial entre la llamada evidencia indirecta o estadística y la evidencia que a primera vista parece más individualizada y, por tanto, menos estadística. El escepticismo de la Corte Suprema Judicial sobre un caso “matemático”, por lo tanto, incluso si estuviera en lo correcto en que se trataba de un caso matemático, es, como hemos visto, no tanto un escepticismo sobre la evidencia matemática o estadística, sino uno sobre basar las decisiones jurídicas en generalizaciones no espurias, pero no universales.

Visto de esta manera, el escepticismo de la Corte Suprema Judicial es similar al escepticismo del extranjero de Platón y Aristóteles respecto de confiar demasiado en lo que ellos llamaban *leyes*, y similar a los eslóganes incendiarios de los simpatizantes de los *pitbulls*. En todos estos casos, la preferencia por los particulares es vista como un imperativo moral. Pero si el particularismo en sí mismo descansa en generalizaciones, y si las decisiones particulares no proveen ninguna garantía de mayor fiabilidad, entonces los fundamentos de la preferencia por el particularismo son más inestables de lo que frecuentemente parecen.

World of Universals”, en *The Problems of Philosophy*, pp. 91-100; y Strawson, “Particular and General”, en *Logico-Linguistic Papers*, pp. 28-52.

Bibliografía

Abramowicz, M., “A Compromise Approach to Compromise Verdicts”, *California Law Review*, vol. 89, 2001.

Alexander, L., “Law and Exclusionary Reasons”, *Philosophical Topics*, vol. 18, 1990.

Balla, J. I., Ianssek, R. y Elstein, A., “Bayesian Diagnosis in Presence of Pre-Existing Disease”, *The Lancet*, 9 de febrero, 1985.

Allen, R. J., “Burdens of Proof, Uncertainty, and Ambiguity in Modern Legal Discourse”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 17, 1994.

—————, “On the Significance of Batting Averages and Strikeout Totals: A Clarification of the ‘Naked Statistical Evidence’ Debate, the Meaning of ‘Evidence’, and the Requirement of Proof beyond a Reasonable Doubt”, *Tulane Law Review*, vol. 65, 1991.

Ben-Shahar, O., *Against the ‘Meeting of the Minds’: Exploring a New Basis for Contractual Liability*, Harvard Law School Faculty Workshop Paper, 27 de septiembre, 2002.

Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, London, 1769.

Camerer, C. y Lovallo, D., “Overconfidence and Excess Entry: An Experimental Approach”, *American Economic Review*, vol. 89, 1999.

Brook, J., “Inevitable Errors: The Preponderance of the Evidence Standard in Civil Litigation”, *Tulsa Law Journal*, vol. 18, núm. 1, 1982.

—————, “The Use of Statistical Evidence of Identification in Civil Litigation: Well-Worn Hypotheticals, Real Cases, and Controversy”, *St. Louis University Law Journal*, vol. 29, 1985.

- Callen, C. R., "Adjudication and the Appearance of Statistical Evidence", *Tulane Law Review*, vol. 65, núm. 3, 1991.
- Cohen, L. J., "The Logic of Proof", *Criminal Law Review*, 1980.
- _____, *The Probable and the Provable*, Clarendon Press, Oxford, 1977.
- Cohen, N. B., "Confidence in Probability: Burdens of Persuasion in a World of Imperfect Information", *New York University Law Review*, vol. 60, 1985.
- Coons, J. E., "Approaches to Court Imposed Compromise—The Uses of Doubt and Reason", *Northwestern University Law Review*, vol. 58, 1964.
- _____, "Compromise as Precise Justice", *California Law Review*, 68, 1980.
- Davis, D., y Follette, W. C., "Foibles of Witness Memory for Traumatic/High Profile Events", *Journal of Air Law and Commerce*, vol. 66, 2001.
- Douglas, K. S., Cox, D. N. y Webster, C. D., "Empirically Validated Violence Risk Assessment", *Legal and Criminological Psychology*, vol. 4, 1999.
- Eggleston, R., "The Probability Debate", *Criminal Law Review*, 1980.
- Faigman, D. L. y Baglioni Jr., A. J., "Bayes' Theorem in the Trial Process," *Law and Human Behavior*, vol. 12, 1988.
- Gottfredson, S. D., "Statistical and Actuarial Considerations", en Fernaud N. Dutile y Clem H. Foust III (eds.), *The Prediction of Criminal Violence*, Charles C. Thomas, Springfield, 1987.
- Greening, L. y Chandler, C. C., "Why It Can't Happen to Me: The Base Rate Matters, but Overestimating Skill Leads to Underestimating Risk", *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 27, 1997.

- Hacking, I., *An Introduction to Probability and Inductive Logic*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- Hahn, R. W. y Dudley, P. M., “The Disconnect between Law and Policy Analysis: A Case Study of Drivers and Cell Phones”, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies Working Paper 02-7, Washington, D. C., mayo, 2002.
- Hart, L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 71, 1958.
- Hay, B. L. y Spier, K. E., “Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective”, *Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 2, 1997.
- Hilton, N. Z. y Simmons, J. L., “The Influence of Actuarial Risk Assessment in Clinical Judgments and Tribunal Decisions about Mentally Disordered Offenses in Maximum Security”, *Law and Human Behavior*, vol. 25, 2001.
- Kaye, D., “Paradoxes, Gedanken Experiments and the Burden of Proof: A Response to Dr. Cohen’s Reply”, *Arizona State Law Journal*, 1981.
- _____, “The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation”, *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 7, núm. 2, 1982.
- _____, “The Paradox of the Gatecrasher and Other Stories”, *Arizona State Law Journal*, 1979.
- Koehler, J. J. y Shaviro, D. N., “Veridical Verdicts: Increasing Verdict Accuracy through the Use of Probabilistic Evidence and Methods”, *Cornell Law Review*, 75, 1990.
- Lempert, R.O., “Modeling Relevance”, *Michigan Law Review*, vol. 75, 1977.
- Litwack, T. R., “Actuarial versus Clinical Assessments of Dangerousness”, *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 7, 2001.

- Loftus, E. F., *Eyewitness Identification*, Massachusetts, Harvard University Press, Cambridge, 1996.
- Loftus, E. F. y Doyle, J. M., *Eyewitness Testimony: Civil and Criminal*, Va.: Lexis Law, Charlottesville, 1997.
- Loftus, E. F., Feldman, J. y Dashiell, R., “The Reality of Illusory Memories”, en Daniel Schachter (ed.), *Memory Distortion: How Minds, Brains, and Societies Reconstruct the Past*, Massachusetts, Harvard University Press, Cambridge, 1995.
- Loftus, E. F., Miller, D. y Burns, H., “Semantic Integration of Verbal Information into a Visual Memory”, *Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory*, vol. 4, 1978.
- Manis, M., Dovalina, I., Avis, N. E. y Cardoze, S., “Base Rates Can Affect Individual Predictions”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 38, 1980.
- McCormick, C. T., *McCormick’s Handbook of the Law of Evidence*, 2ª ed., St. Paul, West Publishing Company, 1972.
- Melton, G. B., Petrila, J., Poythress, N. G., Slobogin, C., Otto, R. K., Mossman, D. y Condie, L. O., *Psychological Evaluations for the Courts: A Handbook for Mental Health Professionals and Lawyers*, 2ª ed., Guilford, New York, 1997.
- Mnookin, J. L., “Fingerprint Evidence in an Age of DNA Profiling”, *Brooklyn Law Review*, 67, 2001.
- Monahan, J., *Predicting Violent Behavior: An Assessment of Clinical Techniques*, Sage, Beverly Hills, 1981.
- Nesson, C., “The Evidence or the Event?: On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts”, *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985.

Plumpton Ramsey, F., *The Foundations of Mathematics and Other Essays*, Kegan Paul, London, 1931.

Quinsey, V. L., Harris, G. T., Rice, M. E. y Cormier, C. A., *Violent Offenders: Appraising and Managing Risk*, American Psychological Association, Washington, D. C., 1998.

Quine, W. van. O., *Word and Object*, Mass.: MIT Press, Cambridge, 1960.

_____, “On the Individuation of Attributes” y “Predicates, Terms and Classes”, en *Theories and Things*, Massachusetts, Harvard University Press, Cambridge, 1981.

Rawls, J., *A Theory of Justice*, Massachusetts, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

_____, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979.

Redelmeier, D. A. y Weinstein, M. C., “Cost-Effectiveness of Regulations against Using a Cellular Telephone while Driving”, *Medical Decision Making*, vol. 19, 1999.

Robinson, G. O., “Multiple Causation in Tort Law: Reflections on the DES Cases”, *Virginia Law Review*, vol. 68, 1982.

Rosenberg, D., “Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don’t”, *Harvard Journal on Legislation*, vol. 37, 2000.

_____, “The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A ‘Public Law’ Vision of the Tort System”, *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984.

- Russell, B., "The World of Universals", en *The Problems of Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1959.
- Saks, M. J. y Kidd, R. F., "Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics", *Law and Society Review*, vol. 15, 1980.
- Sanchirico, C. W., "Character Evidence and the Object of Trial", *Columbia Law Review*, vol. 101, 2001.
- Schachter, D., *Searching for Memory*, Basic Books, New York, 1996.
- Schauer, F., "On the Supposed Defeasibility of Legal Rules", en M. D. A. Freeman (ed.), *Current Legal Problems 1998*, vol. 51, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- _____, *Playing by the Rules: A Philosophical Analysis of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- _____, "Prescriptions in Three Dimensions", *Iowa Law Review*, vol. 82, 1997.
- _____, "Rules and the Rule of Law", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 14, 1991.
- _____, "The Practice and Problems of Plain Meaning", *Vanderbilt Law Review*, vol. 45, 1992.
- Schauer, F. y Zeckhauser, R., "On the Degree of Confidence for Adverse Decisions", *Journal of Legal Studies*, vol. 25, núm. 1, 1996.
- Shavell, S., "Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability", *Journal of Law and Economics*, vol. 28, 1985.
- Shavero, D., "Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice", *Harvard Law Review*, vol. 103, 1989.

Strawson, P. F., "Particular and General", en *Logico-Linguistic Papers*, Methuen, London, 1971.

Thomson, J. J., "Liability and Individualized Evidence", en *Rights, Restitution, and Risk: Essays in Moral Theory*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986.

_____, "Remarks on Causation and Liability", en *Rights, Restitution, and Risk*.

Tribe, L. H., "Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process", *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971.

Tversky, A., y Kahneman, D., "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", *Science*, 185, 1974.

Ward, A., y Dockerill, J., "The Predictive Accuracy of the Violent Offender Treatment Program Assessment Scale", *Criminal Justice and Behavior*, vol. 26, 1999.

Wells, G. L. y Bradford, A. L., "Good, You Identified the Suspect: Feedback to Eyewitnesses Distorts Their Reports of the Witnessing Experience", *Journal of Applied Psychology*, vol. 83, 1998.

Wells, G. L. y Loftus, E. F., *Eyewitness Testimony: Psychological Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.

Williams, G. Ll., "A Short Rejoinder", *Criminal Law Review*, 1980.

_____, "The Mathematics of Proof—I", *Criminal Law Review*, 1979.

_____, "The Mathematics of Proof—II", *Criminal Law Review*, 1979.

Casos en las distintas cortes en EE.UU.

Massachusetts Supreme Judicial Court, *Smith vs. Rapid Transit, Inc.*, 317 Mass. 469, 470, 58 N.E.2d 754, 755, 1945.

Michigan Court of Appeals, *Kaminsky vs. Hertz Corporation*, 94 Mich. App 356, 288 N.W.2d 426, 1979.

Supreme Court of California, *Sindell vs. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588, 163 Cal. Rptr. 132, 607 P.2d 924, 1980.

Supreme Court of Missouri, *Lampe vs. Franklin American Trust Company*, 339 Mo. 361, 96 S.W.2d 710, 1936.

Supreme Judicial Court of Maine, *Day vs. Boston & Maine Railroad*, 96 Me. 207, 52 A. 771, 1902.

Supreme Judicial Court of Massachusetts, *Sargent vs. Massachusetts Accident Company*, 307 Mass. 246, 29 N.E.2d 825, 1940.

United States Court of Appeals, *Guenther vs. Armstrong Rubber Company*, 406 F.2d 1315, 3d Cir., 1969.

United States District Court for the Middle District of Georgia, *Sawyer vs. United States*, 148 F. Supp. 877, M.D., Georgia, 1956.

United States District Court for the Northern District of New York, *Curtis vs. United States*, 117 F. Supp. 912, N.D. New York, 1953.

Aproximación a los estereotipos como elementos del razonamiento judicial a través de las presunciones

Elena Ghidoni*

* Doctora en Derechos Humanos por la Universidad de Deusto. Investigadora Ayudante en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, Bilbao, España.

Aproximación a los estereotipos como elementos del razonamiento judicial a través de las presunciones. I. Introducción; II. Los estereotipos desde la perspectiva crítica iusfeminista; III. Estereotipos y prueba: algunos apuntes críticos; IV. Las presunciones: un continuum entre la prueba y el derecho sustantivo; V. El estereotipo-presunción en el razonamiento del TEDH y el CEDAW; VI. Conclusión.

I. Introducción

La literatura jurídica sobre estereotipos ha tenido muchos avances en la última década, tanto en el ámbito iusfilosófico como en el campo de los derechos humanos.

Por un lado, los estereotipos han entrado en el discurso jurídico e institucional, y se ha enfatizado su papel en la reproducción de las desigualdades sociales —sobre todo la de género— y en la violación de derechos humanos.¹ En el debate europeo, destacan las referencias a estereotipos tanto por instituciones de la Unión Europea —UE— como por el Consejo de Europa,² mientras que, en el

¹ V. el capítulo 2 “Los estereotipos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” de Alexandra Timmer y Lorena Sosa, en este manual. Es preciso recordar que la doctrina antiestereotipo se ha desarrollado en el contexto norteamericano a partir de la década de 1960. Es en este contexto donde se han desarrollado los primeros estudios jurídicos sobre la clasificación de los estereotipos y sus efectos dañinos, y se han ido identificando cuestiones problemáticas acerca de su naturaleza y conceptualización.

² Con respecto al Consejo de Europa, v. la Recomendación CM/Rec (2007)17 del Comité de Ministros sobre los estándares y mecanismos de la igualdad de género. Más recientemente, los estereotipos han aparecido en la Estrategia para la Igualdad de Género 2018-2023 y en la Recomendación CM/Rec (2019)1 sobre la prevención y lucha contra el sexismo del 27 de marzo de 2019. En el ámbito de la UE, la Comisión habla de estereotipos de género como raíces de la desigualdad de género en su Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, COM (2020) 152 final. Asimismo, el Parlamento Europeo, en su Resolución del 16 enero de 2019 sobre la situación de los derechos fundamentales en Europa en 2017

continente Americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH—sigue siendo un referente por su esfuerzo en identificar y combatir estereotipos.³

Por otro lado, y a pesar de su desarrollo y de los estudios en este ámbito, los estereotipos siguen apareciendo volátiles y difíciles de acotar con cierto grado de precisión.

En este trabajo se plantean en concreto dos límites en el actual enfoque jurídico sobre estereotipos: por un lado, los estereotipos se abordan de forma mayoritaria como productos o conceptos ya definidos en su contenido. Las operadoras y los operadores del derecho trabajan en identificar, nombrar y combatir estereotipos concretos: el de la mujer cuidadora y el varón proveedor, los estereotipos sobre las víctimas de violencia sexual, etcétera. Si bien es cierto que esas tareas son imprescindibles para los fines de identificar y neutralizar el efecto dañino de los estereotipos en el razonamiento judicial, este enfoque no avanza en la exploración del estereotipo en sí mismo, como mecanismo o argumento, su estructura y funcionamiento, lo cual podría resultar útil para identificar tanto los estereotipos más evidentes como los más ocultos y complejos o interseccionales.⁴ Además, un conocimiento más profundo de las características estructurales y operativas del estereotipo permitiría valorar con más precisión el alcance de sus efectos en el marco jurídico, y sobre todo en el razonamiento judicial, que aquí se trata de explorar. Todo ello permitiría avanzar en una definición más fina de *estereotipo* en el derecho.

Adoptar una mirada dirigida a la estructura del estereotipo nos permite compararlo con otros mecanismos concretos del razonamiento judicial, que podrían facilitar su acceso o racionalizar su presencia. En esta línea, el capítulo aborda los

—2018/2103(INI)—, define los estereotipos como causas de la “dominación sobre y discriminación en contra de las mujeres” (párr. 22).

³ V. Undurraga, “Gender Stereotyping in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, en *Stereotypes and Human Rights Law*, pp. 67-93.

⁴ Sobre el concepto de *interseccionalidad* y su relación con los estereotipos, V. capítulo 2 de Alexandra Timmer y Lorena Sosa y el capítulo 4, “Estereotipos, interseccionalidad y desigualdad estructural”, de Dolores Morondo Taramundi, en este manual.

estereotipos como mecanismos o estructuras argumentales cuya estructura lógica se puede analizar y comparar con otros mecanismos propios del derecho que muestran pautas y elementos parecidos. Para ilustrar este primer punto, se llevará a cabo una comparación con la estructura y el funcionamiento de las presunciones legales, en sentido amplio, ya que se observa cierta similitud en su forma de operar.

Por otro lado, el capítulo pone en tela de juicio la tendencia a tratar el estereotipo como un elemento extrajurídico, de naturaleza sociocultural y, por ello, ajeno a la pureza de la ciencia jurídica y a la neutralidad de las normas jurídicas, sobre todo de las reglas procesales. Esta tendencia no permite apreciar adecuadamente el papel del derecho en la reproducción de argumentos estereotipados como una de las herramientas de proliferación de la desigualdad. Más allá de la posibilidad de incidencia de un sesgo cognitivo individual de los operadores jurídicos —juezas y jueces, miembros de un jurado, policías, etcétera), cuya existencia no se niega, hay algo intrínseco en la forma del derecho que lo vuelve vehículo de estos dispositivos opresivos. En este trabajo se explora este camino y se propone expandir el estudio sobre estereotipos, a través de una aproximación alternativa a estos mecanismos, que sitúe el foco desde el *interior* del derecho, para subrayar sus contingencias. De este modo, se enfatiza que los estereotipos no son irracionales o subjetivos, sino que pueden tener cierta estructura y pautas parecidas a otros mecanismos legales. De allí que el derecho mismo contribuya a racionalizar o naturalizar ciertos argumentos que son contrarios a los derechos fundamentales y al principio de igualdad y no discriminación.

El capítulo aborda los estereotipos como elementos de la desigualdad estructural, un concepto desarrollado en especial por la teoría feminista del derecho y, en concreto, dentro de la crítica al derecho antidiscriminatorio. Este marco permite abordar la relación entre estereotipos y derecho desde otra perspectiva, en la que el derecho como producto social contribuye a la reproducción de la desigualdad. Posteriormente, el capítulo avanzará en una definición provisional de estereotipo que permita observar sus elementos relevantes y su funcionamiento, con la finalidad de compararlo con otro mecanismo legal. Asimismo, se profundiza en los efectos que los estereotipos tienen en el ámbito del razonamiento judicial, y en

concreto en la prueba, tal y como se han descrito en la literatura jurídica. Al enfocarse en ámbito probatorio, se ha identificado el mecanismo de la presunción como uno de los mecanismos legales que muestran similitudes en la función y operación con los estereotipos.

Tras analizar las tres tipologías de presunciones según el derecho continental y su papel, se procede a una comparación, a través de algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante, TEDH— y de una decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer —CEDAW, por sus siglas en inglés—, que resultan especialmente llamativas para apreciar el funcionamiento de los estereotipos en el razonamiento judicial. Ambos organismos de derechos humanos se han mostrado sensibles al tema de los estereotipos y a sus efectos en el razonamiento, tanto por su impacto en el juicio de igualdad de trato, como en las violaciones de otros derechos humanos. Sin embargo, los casos que se analizarán demuestran la dificultad para identificar estereotipos que operan de manera implícita, debido a la falta de una concepción clara acerca de su funcionamiento y estructura. Al analizar esta jurisprudencia, se buscará ofrecer herramientas para proceder en la tarea del desenmascaramiento y la crítica de las argumentaciones estereotipadas.

II. Los estereotipos desde la perspectiva crítica iusfeminista

La literatura jurídica sobre estereotipos a menudo se ha hecho eco de los planteamientos de otras ciencias —sobre todo de la psicología social y cognitiva— que llevan un largo recorrido de estudio sobre estereotipos y conceptos cercanos, como sesgos, prejuicios y estigma.⁵ Aunque estos estudios hayan aportado un conocimiento importante en esos campos, también han supuesto ciertos límites en el momento de formular una noción operativa de estereotipo en el marco jurídico. Por un lado, han llevado a percibirlos en un primer momento como fenómenos psicológicos individuales, confinándolos a una dimensión subjetiva y excepcional.

⁵ V. Dovidio *et al.*, “Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview”, en *Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, pp. 3-28.

En el ámbito judicial, los estereotipos vendrían a coincidir con sesgos más o menos explícitos de los jueces como individuos y tendrían naturaleza irracional, no científica.⁶ Cusack habla de creencias preconcebidas, formadas antes de llegar a un conocimiento completo o de tener pruebas.⁷ Este modo de ver, además de reducir los estereotipos a problemas individuales, haciendo *tabula rasa* de su raíz sistémica o estructural, sugiere que los estereotipos se reducen a un problema de falta de conocimiento, que se podría obviar simplemente proporcionando más información y evidencias científicas. Por otro lado, los intentos de la psicología por naturalizar los estereotipos como meros mecanismos cognitivos han contribuido a *neutralizar* su función. A menudo, las y los juristas tratan los estereotipos como mecanismos neutros y no automáticamente dañinos, argumentando que desempeñan funciones necesarias para la comunicación, la predictibilidad, y la constitución de identidades individuales y colectivas.⁸ Si bien esta perspectiva neutro-cognitiva evita la anterior deriva “excepcionalista”, nos aleja también de la raíz sistémica del estereotipo como elemento de la desigualdad. En esta línea se argumenta, por ejemplo, que los estereotipos no son negativos en sí, y que por eso hace falta desarrollar mecanismos de control y valoración casuística.⁹ Sin embargo, parece haber cierta fricción entre esta perspectiva neutro-cognitiva y el reconocimiento de los estereotipos como derivados de la desigualdad estructural.¹⁰

En este trabajo se defiende un planteamiento más firme del estereotipo como mecanismo de la desigualdad estructural. Siendo a la vez causa y consecuencia

⁶ Cf. L'Hereux-Dubé, “Beyond the Myths: Equality, Impartiality, and Justice”, en *Journal of Social Distress and the Homeless*, p. 101.

⁷ Cf. Cusack, *Eliminating judicial stereotyping. Equal access to justice for women in gender-based violence cases*, p. 16.

⁸ V. Appiah, “Stereotypes and the Shaping of Identity”, en *California Law Review*, pp. 41-54; Arena, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, pp. 51-75; y Holtmaat y Naber, *Women's Human Rights and Culture. From Deadlock to Dialogue*.

⁹ V. Arena, “Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos”, en *Derecho y Control*, pp. 11-44; y Timmer, “Toward an anti-stereotyping approach for the European court of human rights”, en *Human Rights Law Review*, pp. 707-738.

¹⁰ Se habla de estereotipos como causas (*root-causes*) de la desigualdad estructural a la vez que consecuencias o productos de ella. V. Timmer, “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, en *The American Journal of Comparative Law*, pp. 239-284.

de la desigualdad, el estereotipo vendría siempre a desempeñar una función no neutra, sino orientada a la reproducción de esta desigualdad, a pesar de que su contenido pueda ser percibido como abiertamente discriminatorio o no, o a pesar de que pueda expresar cierto grado de correspondencia con la realidad externa.¹¹

Desde la teoría crítica del derecho, sobre todo la teoría iusfeminista, se pueden derivar argumentos para resistir a estas perspectivas que he identificado como limitadoras, tanto la *excepcionalidad-subjetividad*, como la concepción neutra del estereotipo.

El papel del estereotipo como mecanismo de la desigualdad estructural se puede entender con más precisión a partir de la perspectiva crítica del derecho antidiscriminatorio, de matriz feminista. Esta perspectiva lleva al menos treinta años señalando los límites del marco legal para entender la realidad de opresión de las mujeres y ha llegado a propuestas de revisión conceptual de la definición de *discriminación*. Autoras iusfeministas han venido definiendo la discriminación como fenómeno sistémico más amplio de lo que recogen las actuales normas internacionales y nacionales.¹² En concreto, la noción jurídica de discriminación debería ir más allá de la ruptura de la igualdad de trato entre individuos, y abarcar las raíces grupales y estructurales del fenómeno. La llamada *discriminación-opresión* abarcaría tanto acciones individuales como instituciones sociales —Estado, familia, mercado, escuela—, la organización del trabajo, normas y hábitos sociales, mitos y creencias, etcétera. Al ser un fenómeno tan profundamente arraigado en todos los niveles sociales, la discriminación-opresión no necesitaría un tirano o individuo culpable que actúa con intención de discriminar a otro: se produciría

¹¹ Sin detenerme sobre estos aspectos, la postura defendida en este trabajo argumenta que la función primaria de los estereotipos es justificar tanto la desigualdad social de ciertos grupos como la violación de sus derechos fundamentales, que se produce en los ámbitos judicial y político, en la práctica social y en cualquier otro contexto social. Para un estudio más detallado sobre estereotipos y desigualdad estructural, V. el capítulo 4 de este manual.

¹² V. Anón Roig, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, en *Isonomía*, pp. 127-157; Barrère, *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*; y Barrère y Morondo Taramundi, “Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, en *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, pp. 15-42.

ya simplemente en el desarrollo normal de la sociedad, en las interacciones sociales, en todos los niveles sociales, organizados según una jerarquía entre grupos. En palabras de I. M. Young, la opresión se articularía en “las prácticas cotidianas de una sociedad con buenas intenciones”.¹³

A partir de esta concepción reformulada, se pueden capturar —o se vuelven visibles— elementos y mecanismos específicos que son generados por, y a la vez reproducen, la desigualdad misma. Entre otros, se encuentran los estereotipos de género, como mecanismos que organizan y fijan los papeles y características de los grupos sociales, en relación con su posición jerárquica, de modo que aparezcan naturales y justos.

Para acercarnos más al ámbito jurídico, la teoría feminista del derecho nos aporta elementos fundamentales para entender la relación entre estereotipos y derecho. Entre las contribuciones más destacadas y transversales del iusfeminismo, cabe mencionar la crítica al falso universalismo del derecho, a los dogmas del positivismo y de la mirada del sujeto de-situado.¹⁴ Este planteamiento, que constituye un ejercicio de hermenéutica de la sospecha, ha permitido desvelar el sesgo masculino oculto tras la pretensión del derecho de definirse objetivo, neutral, universal, y tras ciertas categorías legales, como la de ‘ciudadano’, ‘trabajador’, ‘*paterfamilias*’. Según esta postura, el derecho no es independiente del contexto sociocultural, sino que funciona de receptor de normas sociales a la vez que constituye en sí mismo un instrumento de organización social y un elemento de la noción de cultura.

Tras haber delineado estas premisas teóricas, y antes de avanzar en la relación entre derecho y estereotipos, es preciso seguir en el análisis de la estructura y elementos de estos últimos.

¹³ Young, *Justice and the politics of difference*, p. 41.

¹⁴ La mirada “desde ningún lugar” se refiere a la pretensión de que un sujeto pueda tomar decisiones justas haciendo abstracción de su posición social y de la de los demás. Las críticas a este postulado se refieren en especial a la teoría de la justicia desarrollada por John Rawls. V. Matsuda, “Liberal Jurisprudence and Abstracted Visions of Human Nature: A Feminist Critique of Rawls’ Theory of Justice”, en *New Mexico Law Review*, pp. 613-630.

Dentro de los estudios jurídicos se puede encontrar una definición mínima, más o menos común, de lo que se indica como estereotipo. En uno de los estudios más relevantes en la materia, el estereotipo de género —y no solamente de género— se define como una visión generalizada o preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir.¹⁵ Por otro lado, la estereotipación sería la práctica de adscribir estos atributos y roles a un individuo, por el hecho de su pertenencia —real o supuesta— a un grupo o categoría dada. Con respecto al estereotipo, se ha explícitamente hablado de una generalización —grupal— que lleva a hacer inferencias —individuales—. Asimismo, en el asunto *Campo Algodonero*, la Corte IDH se refiere a estereotipos como

una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de las mujeres, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales.¹⁶

A partir de estas dos referencias se puede identificar una serie de elementos estructurales del estereotipo en cuanto mecanismo. Aquí me centraré solamente en algunos: la generalización, la estructura dicotómica y el efecto de serialización.

En primer lugar, se trataría de una forma de categorización, que como tal se sirve del mecanismo cognitivo de la generalización. Sobre este tema, se ha abierto un campo de estudio que ha llevado a elaborar la distinción entre estereotipos prescriptivos y descriptivos, y así aislar aquellos —los descriptivos— que son susceptibles de un control basado en la correspondencia estadística. Si bien es cierto que la generalización es un mecanismo fundamental de la estereotipación, sería preciso matizar dónde termina la generalización y empieza la estereotipación. Sin

¹⁵ Cf. Cook y Cusack, *Gender stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, p. 9.

¹⁶ Corte IDH, *González y otras ("Campo algodón") vs. México*, párrs. 398, 401.

embargo, algunas posturas llevan al riesgo de un solapamiento entre estereotipo y generalización, hasta el punto de denominar *estereotipos* incluso a las generalizaciones utilizadas en las acciones positivas para hacer frente a la discriminación histórica sufrida por ciertos grupos sociales.¹⁷ Este solapamiento pone el foco en la correspondencia estadística del estereotipo como problema central, sugiriendo que la falta de ajuste en un caso individual se pueda solucionar con excepciones, pero sin cuestionar el estereotipo en sí. Tal enfoque no permite apreciar ni la función del estereotipo ni su alcance grupal. Además de impreciso, el solapamiento entre estas dos categorías no es necesario, y aunque el estereotipo está basado en una generalización, esto no agota nuestra comprensión del estereotipo. Dicho de otro modo, el estereotipo sería un tipo específico de generalización, cuya especialidad viene marcada por un *quid pluris* que es su vinculación con la desigualdad estructural. Esta nos proporciona la respuesta a la pregunta sobre *qué* rasgos se generalizan, *quién* puede generalizar y *para qué*. Ese matiz se revela necesario, no solo para recolocar la generalización en su lugar de instrumento cognitivo neutro, que no lleva connotaciones intrínsecamente negativas o sesgadas,¹⁸ sino también para hacer hincapié en lo que verdaderamente distingue al estereotipo de la generalización.

Al analizar un estereotipo, por ejemplo, el del varón proveedor y la mujer ama de casa, observamos un segundo elemento estructural del estereotipo: su estructura dicotómica. El estereotipo organiza y fija ciertos elementos en parejas de opuestos que se excluyen mutuamente. El estereotipo de la mujer ama de casa y varón proveedor organiza los rasgos y los roles de género, es decir, categorizados según sexo-género, en un binarismo jerárquico: el valor de un elemento no está a la par del otro, y se excluye una organización alternativa de estos roles. Es decir, no se da libertad para que una persona pueda ejercer los roles asignados al otro sexo y viceversa, sino que hay un sistema de normas, de varios niveles e intensidades, que impide salirse de los espacios asignados y de las relativas características, sin

¹⁷ V. Arena, "Los estereotipos... *cit.*"

¹⁸ Aunque es cierto que las generalizaciones son un mecanismo de entrada fácil para prejuicios, visiones discriminatorias, etcétera. Eso lo reconoce también Twinning, "Narrative and Generalizations in Argumentation about Questions of Fact", en *South Texas Law Review*.

que se sufran ciertas consecuencias establecidas por el sistema —pensamos en las normas de conciliación familiar y en la organización de la jornada laboral—.

Por último, los estereotipos tienen un efecto de serialización, es decir, llevan a cabo una categorización que aplasta al individuo y sus características. El individuo estereotipado ya no es identificable en sí, sino que aparece como una reproducción en serie de los rasgos atribuidos a su categoría o grupo. Trasladado al ámbito judicial, este efecto se traduce en descartar un análisis de las circunstancias específicas, para adoptar la información que proporciona un estereotipo-categoría, a pesar de que refleje o no el caso concreto. Más allá de ese efecto sobre el individuo, tal y como se observa en asuntos concretos, el estereotipo tiene un alcance siempre grupal. La estereotipación no ocurre a sujetos arbitrariamente identificados, sino que responde a una categorización grupal previa. Ese elemento grupal es constitutivo de la estructura misma del estereotipo; por ende, el efecto de la estereotipación se irradia sobre el grupo.

La definición de estereotipo apenas ofrecida pone de relieve dos elementos del estereotipo que no son ajenos al derecho: la generalización —el derecho es un sistema de normas generales y abstractas— y la estructura dicotómica. Esta similitud nos lleva a pensar que hay margen para volver a pensar el estudio de los estereotipos no ya como elementos externos, sino poniendo el foco en cómo el derecho mismo naturaliza o racionaliza algunos argumentos estereotipados, disimulándolos dentro de esquemas racionales. Además, el análisis de la relación entre derecho y estereotipos podría extenderse al derecho procesal y al ámbito probatorio, debido al impacto del estereotipo sobre la prueba. El siguiente apartado profundizará en esta dirección.

Antes de seguir, cabe precisar que el ejercicio crítico que aquí se ha propuesto no considera a las generalizaciones como intrínsecamente dañinas y, por lo tanto, no conlleva a un rechazo de uso en todos los contextos, por lo que no pretende defender la necesidad de juicios casuísticos o particularizados, como se ha comentado en alguna ocasión.¹⁹ El análisis feminista sobre el razonamiento jurídico es

¹⁹ Cf. Taruffo, “Il fatto e l’interpretazione / O fato e a interpretação”, en *Revista de Faculdade de Direito do Sul de Minas*, p. 205.

un análisis racional, que permite revelar la irracionalidad del uso actual de ciertas herramientas. Lo que hace es señalar que no siempre la generalización se utiliza de forma imparcial, sino que muy a menudo, junto con otros conceptos como la objetividad, el universalismo, la neutralidad y la racionalidad, ha servido para ocultar categorizaciones sesgadas y opresivas hacia las mujeres y los colectivos más oprimidos socialmente. Pero, como Bartlett argumentaba acerca de la crítica al concepto de racionalidad, la hermenéutica feminista no exige abandonar esos conceptos, sino que les otorga un nuevo sentido.²⁰ Desde esta perspectiva, el concepto de generalización desempeña un papel fundamental para comprender las tesis del feminismo, precisamente porque una de las aportaciones centrales de este último ha sido la de subsumir unos hechos antes considerados aislados —hechos relacionados con la opresión de las mujeres— en una categoría general. Solo el reconocimiento de esta realidad generalizada —mejor dicho, sistémica— ha permitido exigir una respuesta política a la violencia y discriminación que sufren las mujeres.

III. Estereotipos y prueba: algunos apuntes críticos

En uno de los primeros informes internacionales sobre estereotipos en el proceso judicial se hace hincapié en el alcance que estos pueden tener sobre el acceso a la justicia y otros derechos y libertades fundamentales, como el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a un procedimiento justo y a un remedio efectivo.²¹ El hecho de utilizar estereotipos en el proceso judicial —en inglés *judicial stereotyping*— consistiría tanto en la adscripción explícita de atributos y roles a un individuo como en la falta, por parte de los tribunales de mayor jerarquía, de un control sobre razonamientos estereotipados llevados a cabo por tribunales de primera instancia. Los estereotipos serían capaces de justificar violaciones de derechos fundamentales, ocultarlas o bien contribuir a su producción.

Si bien es cierto que los argumentos estereotipados se extienden a todo ámbito social, la mayoría de los estudios se centra en su impacto en el proceso penal,

²⁰ Cf. Bartlett, “Feminist Legal Methods”, en *Harvard Law Review*, p. 857.

²¹ V. Cusack, *op. cit.*

sobre todo en delitos de violencia contra las mujeres. En el mismo informe, Cusack enumera los efectos de los estereotipos; menciona, entre otros, su papel en la distorsión de la percepción de los acontecimientos en casos de violencia, la determinación de los hechos que se tienen que probar en el juicio, la percepción de quién es la víctima de la violencia de género y de la culpabilidad del presunto agresor, además de la credibilidad de los testigos. Los estereotipos podrían incluso llevar a que los jueces admitan pruebas irrelevantes o altamente perjudiciales, o afectar el peso que se otorga a ciertas pruebas.²² En este sentido, los estereotipos no solo impactan en los derechos fundamentales, sino que afectan negativamente la concepción racional de la prueba.

Las preocupaciones por el efecto que los estereotipos de género puedan tener en el acceso a la justicia y en la imparcialidad del órgano decisor han llevado a varios organismos a formular recomendaciones explícitas.²³ Con especial referencia a los juicios por violencia machista, el foco se ha puesto en asegurar que las reglas probatorias no reflejen estándares estrictos y estereotipados sobre el comportamiento de la “víctima ideal”, que ponen en tela de juicio las alegaciones de la víctima de delitos violentos.²⁴ Sesgos y expectativas sobre el comportamiento de las víctimas de violencia pueden afectar tanto las investigaciones como la recolección de pruebas y su valoración a nivel judicial, marcando estándares y requisitos muy estrictos para ser considerada una víctima creíble, o para considerar un hecho como violencia.

De estas cuestiones se desprende cómo los estereotipos pueden incidir en temas tanto de derecho sustantivo —la categoría legal de *violencia*— como de derecho procesal.

²² *Ibid.*, p. 20.

²³ CEDAW, Recomendación General Núm. 33, sobre acceso a la justicia. El párrafo 18, en concreto, hace un llamamiento a que los Estados aseguren que las reglas probatorias, las investigaciones y otros procedimientos legales y casi legales sean imparciales y no estén influenciados por estereotipos de género o prejuicios.

²⁴ V. CEDAW, *Karen Tayag Vertido vs. Filipinas* (18/08), CEDAW/C/46/D/18/2008; *V. K. vs. Bulgaria* (20/08), CEDAW/C/49/D/20/2008, y *R.P.B. vs. Filipinas* (34/11), CEDAW/C/57/D/34/2011. Sobre estereotipos y prueba, V. también el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —CIDH—, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68 —expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 2, folio 1822—, y el asunto Corte IDH, *Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, Ser C núm. 277, párr. 212.

Muy a menudo la literatura sobre estereotipos demanda que las sentencias y la función judicial estén basadas “en hechos y en el derecho”, en vez de estereotipos y sesgos. Sin embargo, ¿podemos afirmar que hechos y derecho tengan una interpretación unívoca, autoevidente e incontestable? Se trata de una pregunta retórica, pues tanto la *quaestio iuris* como la *quaestio facti* se han ido complejizando en su abordaje teórico. Aun así, es preciso volver sobre estas cuestiones, y en concreto sobre la *quaestio facti* y la justificación de la selección de las premisas fácticas del razonamiento judicial. En efecto, el estudio sobre estereotipos se ha ido dirigiendo hacia problemas de percepción de la realidad y de los hechos y, por ende, se ha planteado su papel en el ámbito probatorio.²⁵ Este viraje se puede observar, por ejemplo, en la distinción entre estereotipos normativos y descriptivos, que lleva a considerar estos últimos como herramientas epistémicas, a condición de su correspondencia con la realidad.²⁶ Aquí es preciso hacer algunas consideraciones, aunque generales y sin pretensión de exhaustividad, sobre la teoría de la prueba y el concepto de verdad.

Retomando el hilo anterior, la visión según la cual los hechos —y la realidad— están ahí afuera, abiertos al “descubrimiento”, y la jueza o el juez lleva a cabo una subsunción automática de estos hechos en una categoría legal ha sido ampliamente contestada por el realismo jurídico estadounidense.²⁷ Se ha ido problematizando la pregunta sobre los hechos y la construcción de los hechos: su percepción, la selección de los hechos relevantes y su interpretación. La construcción de los hechos vendría determinada no solo por la posición subjetiva del intérprete, sino incluso por otros elementos, como la cultura: perspectivas éticas y religiosas, valores, *scripts* y estereotipos que proporcionan marcos narrativos

²⁵ De la relación entre prueba y verdad en la teoría del derecho se ha ocupado Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, adoptando la teoría de la verdad como correspondencia. Sobre estereotipos y hechos, V. el capítulo 6 de este manual, “Estereotipos y hechos en el proceso”, de Federico José Arena.

²⁶ Según este enfoque, los estereotipos descriptivos que encuentren respaldo empírico tendrían una función epistémica, cognitiva. V. Arena, *op. cit.* La pregunta sobre la función del estereotipo es una cuestión abierta y debatida que, aunque de suma importancia, excede el tema de este trabajo. Para un enfoque crítico sobre la función cognitiva del estereotipo, permítaseme la referencia a Ghidoni y Morondo Taramundi, “El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio”, en trámite de publicación en la revista *Discusiones*.

²⁷ V. Frank, *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*.

para la construcción de los hechos en forma coherente.²⁸ Asimismo, la hermenéutica jurídica ha puesto de relieve cómo la construcción de los hechos y del derecho están en estrecha relación y se influyen mutuamente.²⁹

Si bien diversas corrientes han ya procurado desvelar las contingencias intrínsecas del derecho y de la construcción judicial de los hechos,³⁰ es necesario acudir a la perspectiva feminista para encontrar un cuestionamiento al concepto de verdad y los postulados de la tradición racionalista de la prueba que ponga de relieve su irracionalidad y su impacto opresivo hacia los derechos y libertades de las mujeres.³¹ El concepto de verdad unívoca y universal, lineal, autoevidente y accesible se ha revelado falaz, al momento de confrontarse con las experiencias de opresión tanto de mujeres como de grupos sociales oprimidos. De allí se entiende por qué algunas reglas derivadas de la epistemología ilustrada terminan por desvirtuar la experiencia de opresión-discriminación de ciertos grupos. El caso de la violencia de género vuelve a ser paradigmático: la preferencia por pruebas físicas —*hard science*— sobre pruebas derivadas de la psicología, la prueba directa sobre la indirecta, la presencia sobre la ausencia, la continuidad sobre la discontinuidad, etcétera³² se han históricamente traducido en la descalificación del relato de la víctima.³³

²⁸ Sobre la dimensión cultural y cómo afecta la construcción narrativa, V. Amsterdam y Bruner, *Minding the Law: How Courts Rely on Storytelling, and How their Stories Change the Way we Understand the Law and ourselves*; Taruffo, “Narrativas Judiciales”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, pp. 231-270; y la detallada visión panorámica ofrecida por Di Donato, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel processo*.

²⁹ Se habla de un ciclo en que los hechos relevantes se seleccionan a partir de una norma aplicable al caso concreto, a la vez que la identificación de la norma aplicable dependerá de las circunstancias fácticas del caso concreto. La *quaestio facti* y la *quaestio iuris* serían entonces procesos interdependientes. V. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*.

³⁰ V. González Lagier, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, casualidad y acción*.

³¹ La ontología ilustrada defiende el acceso a una realidad objetiva, y un concepto de verdad que consiste en el conocimiento de esta realidad, V. Nicolson, “Gender, epistemology and ethics: feminist perspectives on evidence theory”, en *Feminist perspectives on evidence*.

³² V. Hunter, “Gender in Evidence: Masculine Norms vs. Feminist Reforms”, en *Harvard Women's Law Journal*, p.129.

³³ La literatura feminista al respecto se ha desarrollado mayoritariamente en Estados Unidos; además de las autoras ya citadas, V. Estrich, *Real Rape*, y Scheppele, “Just the Facts, Ma'am: Sexualised Violence, Evidentiary Habits, and the Revision of Truth”, en *New York Law School Law Review*, pp. 123-172. Una reciente recopilación en lengua española se encuentra en Gama, “Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico”, en *Quaestio Facti*, pp. 285-298.

De hecho, una de las contribuciones más relevantes de teóricas iusfeministas ha sido modificar la percepción de algunos hechos, configurándolos como violaciones de derechos de las mujeres o formas de discriminación basadas en el sexo.³⁴ A diferencia de lo que Nicolson llama “positivismo de los hechos”,³⁵ las teorías críticas han abordado el proceso judicial no simplemente como una actividad orientada a establecer la verdad sobre los hechos, sino a “proporcionar verdad”.³⁶

La misma separación entre derecho procesal y sustantivo desdibuja el primero como el ámbito de la pura lógica, ajeno a decisiones sociopolíticas. Como bien han señalado algunas feministas, el método moldea la sustancia³⁷ y cada paso del razonamiento judicial —la identificación del problema, la selección de los hechos relevantes, la admisión de las pruebas, la evaluación de los hechos, la selección de la norma aplicable— requiere analizar hechos, establecer similitudes y diferencias, según principios y criterios de relevancia que dependen de un trasfondo normativo que a menudo permanece implícito.³⁸

Asimismo, la convicción de que la verdad es accesible por cualquier individuo y que cualquiera comparte un abanico de generalizaciones sobre el comportamiento humano que son universalmente aceptadas y verdaderas³⁹ no hace sino ocultar que las experiencias de las mujeres no forman parte del sentido común. Aunque la desigualdad de género sea una realidad objetiva y observable, las generalizaciones y máximas de experiencias que se pueden derivar de este conocimiento encuentran dificultad en ser reconocidas. Es más, se suelen descalificar como “subjetivas”, excepcionales o falsas.

³⁴ Ejemplos incluyen la violencia sexual y el acoso, que fueron introducidos como categorías jurídicas después de una labor crítica.

³⁵ Nicolson utiliza esta expresión para referirse a la tendencia a tratar los hechos y las actividades dirigidas a su averiguación como neutrales y ajenos a juicios de valor. V. Nicolson, *op. cit.*

³⁶ V., *id.* De forma parecida a la crítica al concepto de racionalidad, no se trata de rechazar ni la racionalidad ni la verdad, sino de cuestionar los modos en que entendemos ambas, los métodos que utilizamos para establecerlas y, finalmente, transformar su sentido.

³⁷ V., Bartlett, *op. cit.*

³⁸ V., Mossman, “Feminism and legal method: The difference it makes”, en *Wisconsin Women’s Law Journal*, p. 164; Wells, “Situating Decisionmaking”, en *Southern California Law Review*, p. 1732; y Hunter, “Feminist Judging in the ‘Real World’”, en *Oñati Socio-Legal Series*, p. 1291.

³⁹ V., McCrimmon, “The social construction of reality and the rules of evidence”, en *University of British Columbia Law Review*; y Orenstein, “Evidence and Feminism”, en *Feminist Jurisprudence, Women and the Law: Critical Essays and Articles*.

Estos apuntes críticos sobre la prueba nos permiten entender cómo los estereotipos pueden afectar al razonamiento probatorio y los objetivos de la concepción racional de la prueba en sentido amplio: en la selección, percepción e interpretación de los hechos relevantes, en la carga de la prueba y en los estándares probatorios.

Volviendo al impacto de los estereotipos en el acceso a la justicia, tal y como lo comenta Cusack, se observa que los estereotipos producen vacíos probatorios, elecciones arbitrarias o incongruentes en el momento de seleccionar y valorar los hechos, así como resistencias a considerar ciertos hechos como relevantes, o considerarlos probados. Los estereotipos pueden estar detrás de operaciones selectivas contrarias a la lógica, como la admisión de pruebas irrelevantes o perjudiciales.⁴⁰ Pueden llevar a proporcionar un peso exclusivo a elementos de prueba que vienen de actores acreditados —como policías, expertos, trabajadores sociales— aunque aparezcan contradictorios, sesgados o no encuentren respaldo en el resto de los elementos probatorios. A menudo, todo esto se convierte en estándares probatorios más rigurosos para las mujeres.

Sin embargo, el impacto de los estereotipos va más allá de la prueba en sí, y ello es así en virtud de la compleja relación entre prueba y derecho sustantivo. La valoración de los hechos depende de lo que consideremos jurídicamente relevante, de las categorías y definiciones normativas. En los juicios sobre violencia sexual donde se busca el consentimiento en la falta de resistencia física de la víctima, la actividad probatoria tiene un impacto sobre la definición jurídica de violencia misma, en la apreciación de los hechos, etcétera.

En el siguiente apartado se procede a analizar un mecanismo legal típico del ámbito probatorio, pero que en su variedad de formas posee también dimensiones normativas o constitutivas que lo acercan al impacto híbrido que he comentado con respecto al estereotipo. Se trata de las presunciones legales.

⁴⁰ V. n. 9.

IV. Las presunciones: un *continuum* entre la prueba y el derecho sustantivo

El análisis hecho hasta aquí de la estructura de los estereotipos y su impacto en el razonamiento probatorio nos ha permitido acercarnos al papel del derecho y del razonamiento jurídico de traducir, vehicular o racionalizar mecanismos de la desigualdad estructural como los estereotipos.

En este apartado me dedicaré a explorar la posibilidad de que un mecanismo legal en concreto —las presunciones legales— racionalice argumentos estereotipados, al constatar una similitud entre los dos. De hecho, las presunciones legales comparten esa naturaleza híbrida, pues tienen tanto efectos en el ámbito probatorio como efectos típicos de las reglas constitutivas.

Abordar de forma exhaustiva un mecanismo tan ambiguo como las presunciones es tarea imposible, por lo que en este apartado se adoptarán algunas simplificaciones. La antigüedad de estos mecanismos, su utilización en diferentes disciplinas y la variedad de tipologías existentes han hecho de las presunciones un tema complejo, escurridizo, al centro de un largo debate doctrinal acerca de su definición, función y clasificación.⁴¹ Incluso su ubicación dentro del ámbito probatorio es cuestionada, al tratarse de figuras que no son susceptibles de establecer una verdad “definitiva”, sino lo contrario, algunas presunciones pueden impedir la comprensión de la realidad.⁴²

A los fines del presente análisis, seguiré la concepción plural de las presunciones tal y como la propone Gama,⁴³ y la tripartición clásica adoptada en el derecho continental entre presunciones simples y presunciones legales —relativas y

⁴¹ V. Gama, “The Nature and the Place of Presumptions in Law and Legal Argumentation”, en *Argumentation*, pp. 555-572; y Ramia, “La noción de presunción más allá del Derecho”, en *Revista de Humanidades*, pp. 125-138.

⁴² V. Grozdanovski, “Le probable, le plausible et le vrai. Contribution à la théorie générale de la présomption en droit”, en *Revue Interdisciplinaire d'études Juridiques*, pp. 39-72.

⁴³ V. “Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental”, en *Revista de Estudios de La Justicia*, pp. 65-89.

absolutas—. Finalmente, el análisis se centrará en las presunciones legales, aquellas que reflejan tanto la dimensión probatoria como la sustantiva.

Las presunciones simples se definen generalmente como un razonamiento o inferencia en la que a partir de determinados hechos —hecho probado o conocido— la jueza o el juez llega a conclusiones acerca de la existencia de un hecho desconocido —hecho presumido—, considerado relevante para la decisión. Se trataría de un instrumento cognoscitivo utilizado para la determinación de los hechos, en caso de falta de pruebas directas o dificultad en acreditar un hecho. Entre el hecho conocido y el hecho desconocido existiría un enlace, constituido por un enunciado de carácter general, una máxima de experiencia extraída del sentido común que permite establecer una conexión entre una clase de hechos y otra. El valor cognoscitivo de la conclusión extraída por esta inferencia dependerá de la naturaleza de la máxima y del tipo de generalización que expresa —sea una ley científica, una regularidad empírica, etcétera—. ⁴⁴ En la mayoría de los casos, se tratará de generalizaciones de sentido común; por ende, capaces de proporcionar solo una conclusión probable.

Junto con otras pruebas indirectas, las presunciones simples atañen a la noción subjetiva de prueba, definida como “argumento susceptible de generar la convicción de que un hecho es establecido”. ⁴⁵ De acuerdo con esta noción, la prueba no sería la reconstrucción de la realidad tal y como es, sino una “reconstrucción argumentativa de una realidad” que llevará a la jueza o juez a extraer ciertas conclusiones. ⁴⁶ En este sentido, las presunciones vendrían a señalar cómo el derecho moldea los enunciados sobre la verdad.

A diferencia de las presunciones simples, que tienen cierta conexión con la realidad, las presunciones legales no tienen una conexión necesaria con las regularidades empíricas. En cierta medida, pueden incluso impedir la determinación de la

⁴⁴ V. Taruffo, “Considerazioni sulle massime d’esperienza”, en *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, pp. 551-570.

⁴⁵ Grozdanovski, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁶ *Id.*

verdad y, según se avance de la presunción relativa a la presunción absoluta, se diluye la conexión con la prueba y se fortalece el aspecto normativo.

Las presunciones legales relativas siguen la estructura tripartita de las presunciones simples —hecho conocido, hecho presumido, enlace—, con la diferencia de que el enlace está contenido en una norma. La presunción relativa —o norma de presunción— impone a la jueza o juez tener un hecho como verdadero, hasta que se acredite lo contrario. En este sentido son normas que establecen una verdad provisional. Las normas de presunción se pueden establecer por diversos motivos: para garantizar la equidad procesal —derecho antidiscriminatorio—, por principio de prudencia —presunción de inocencia— o consideraciones acerca de la seguridad jurídica —constitucionalidad de las leyes y actos administrativos—. Estas presunciones tienen dos características distintivas que las vinculan con la carga de la prueba: son reglas que dispensan de la necesidad de acreditar un hecho y que trasladan al oponente la carga de la prueba de lo contrario. En este sentido, introducen una modificación en la distribución de la carga de la prueba —*onus incumbit ei qui dicit*: ‘quien alega, prueba’—, beneficiando a una parte y perjudicando a la otra.

De manera similar a las presunciones simples, las presunciones legales relativas proporcionan conclusiones solo provisionales y se pueden derrotar. Sin embargo, no son un instrumento cognoscitivo para la determinación de los hechos, ya que esta operación queda subordinada a la aportación de prueba en su contra.

Además de esta naturaleza contraepistémica y de su impacto en la carga de la prueba, la doctrina ha hecho hincapié en la importancia de la dimensión normativa de las presunciones legales. Las presunciones legales relativas tienen carácter de reglas constitutivas: son normas sustanciales que proporcionan definiciones normativas. La presunción de paternidad, por ejemplo, establece una definición normativa de filiación, así como la declaración de muerte presunta define las circunstancias en que una persona está legalmente fallecida. De este modo, las presunciones relativas van más allá de la prueba, como escribe Aguiló Regla:

“constituyen el hecho presunto en un hecho jurídico, en un resultado institucional”.⁴⁷ Son a la vez normas constitutivas y regulatorias, es decir, reglas procesales que establecen la carga de la prueba, los hechos que se tienen que probar y los deberes de la jueza o juez. Esta naturaleza híbrida es particularmente interesante, porque nos acerca a la función tanto probatoria como normativa de los estereotipos.

Por último —y alejándonos aún más del ámbito probatorio— están las presunciones legales absolutas, cuya naturaleza como presunción está comúnmente discutida por parte de la doctrina. En efecto, estas presunciones no comparten ninguno de los rasgos característicos de las figuras analizadas anteriormente, es decir, la derrotabilidad y el alcance probatorio. Por lo contrario, se trataría de normas sustantivas que establecen una verdad irrefutable, imponiendo tratar un hecho como verdadero y excluyendo la prueba en contrario.⁴⁸ De allí su irrelevancia en el ámbito probatorio. Como bien señala Gama, son “normas jurídicas que anudan una consecuencia jurídica a un determinado supuesto de hecho”.⁴⁹ El legislador recurre a ellas para simplificar la aplicación de la norma, ya que este tipo de presunción modifica los presupuestos fácticos que la norma establece para la producción de efectos jurídicos. Esta modificación funciona a través de un mecanismo de equiparación/asimilación entre el hecho base y el hecho presumido: acreditar el primero cuenta como acreditar el segundo. En este sentido, las presunciones absolutas “transfieren la consecuencia jurídica prevista para un hecho o un estado de cosas descritos en el hecho presumido, para el hecho o estado de cosas previsto en el hecho base, equiparando los efectos jurídicos de ambos”.⁵⁰ Por lo tanto, la parte que se beneficia de la presunción no necesita acreditar el hecho presumido. Debido a esta característica, las presunciones absolutas han sido asimiladas a las reglas constitutivas.⁵¹ Así, según Fabbrini, las

⁴⁷ Aguiló Regla, “Las Presunciones en el Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 220.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 221.

⁴⁹ Gama, “Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental”, en *Revista de Estudios de La Justicia*, p. 77.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 78.

⁵¹ V. Aguiló Regla, “Nota sobre ‘Presunciones’ de Daniel Mendonca”, en *Doxa*, pp. 649-660.

presunciones absolutas se acercan a las reglas constitutivas, en la medida en que indican un hecho como directamente constitutivo de otro hecho.⁵²

Tanto las presunciones relativas como las absolutas comparten esta dimensión constitutiva y la naturaleza híbrida, al colocarse entre las normas procesales y las normas sustantivas. En este sentido, no solo confirman que existe un *continuum* entre prueba y definiciones, sino que demuestran la capacidad del derecho de modificar la realidad a través de mecanismos o artificios jurídicos.⁵³ Observamos ambas características también en el *modus operandi* de los estereotipos en el proceso judicial. De hecho, la capacidad del estereotipo de generar y justificar asociaciones o equiparaciones entre clases de hechos que no tienen relación racional,⁵⁴ de tener por verdaderos hechos sin probar, y de resistir a la prueba en contra, apunta a su carácter tanto constitutivo como regulatorio. En este sentido, los estereotipos se alejan de las presunciones simples y de su función cognitiva y se acercan más a las presunciones relativas o absolutas, según su grado de resistencia a la determinación de los hechos.

El objetivo de esta exploración era analizar las dinámicas características de los estereotipos en comparación con aquellas de las presunciones, en concreto las legales. De manera similar a lo dicho en relación con otros mecanismos, no se trata de una crítica ontológica a las presunciones, ni de establecer un solapamiento entre estereotipos y presunciones. Lo que sí se pretende es arrojar luz sobre la manera en que los estereotipos se pueden vehicular a través de mecanismos jurídicos, y así adquirir una apariencia racional/lógica, incluso llegando a justificar ciertas conclusiones del razonamiento que resultan discriminatorias.

⁵² V. Fabbrini, “Note in tema di presunzioni legali”, en *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*.

⁵³ Marina Gascón Abellán considera que ambas presunciones, relativas y absolutas, no pertenecen al ámbito probatorio, ya que no proporcionan información empírica. Por el contrario, desde su punto de vista, se trata de normas que determinan legalmente la verdad de un hecho, para proteger ciertos valores. V. Gascón Abellán, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 156.

⁵⁴ El ejemplo más evidente nos viene de los juicios por violencia machista, al asimilarse el comportamiento de la víctima, cómo iba vestida, o sus relaciones previas con el agresor a la presencia de consentimiento—hecho presumido—. Para un análisis más detenido sobre consentimiento y razonamiento judicial, remito al capítulo 9 de este manual, “Sexualidad, consentimiento y razonamiento judicial”, de Julieta Di Corleto.

V. El estereotipo-presunción en el razonamiento del TEDH y el CEDAW

Una vez expuestos los puntos en común entre estereotipos y presunciones legales, en este apartado se pretende ilustrar esta comparación a través de ejemplos, en concreto decisiones tomadas por organismos internacionales de derechos humanos. Se han seleccionado casos llevados al TEDH y al CEDAW, debido a que ambos organismos tienen cierta sensibilidad por el funcionamiento de los estereotipos en el razonamiento judicial. Sin embargo, su análisis se revela limitado cuando se trata de identificar estereotipos no explícitos, debido a la falta de un conocimiento exacto de su estructura y de cómo se pueden presentar en el enjuiciamiento.

Aunque la mayoría de los análisis sobre los estereotipos judiciales se centra en el ámbito penal, los argumentos estereotipados se extienden también a casos de otras ramas del derecho, como los juicios civiles para determinar la custodia de menores y el régimen de visita. Como han señalado algunas expertas, a menudo en estos juicios no se consideran las denuncias de violencia intrafamiliar, que son oscurecidas por la aplicación del principio de coparentalidad, el cual ha venido afirmándose en los países europeos como expresión de la igualdad entre madres y padres, tanto como práctica de los tribunales o, en algunos casos, incluso como presunción legal. Más allá de cómo se presente en los sistemas jurídicos, me interesa aquí abordarlo como si fuera una presunción establecida por la práctica judicial, identificando los estereotipos que pueden subyacer a su aplicación. De hecho, este principio se aplica como si estableciera una presunción por la que el bienestar de un menor depende de mantener relaciones con ambos progenitores, lo que favorece el establecimiento de la custodia compartida después de la ruptura del vínculo familiar. Esta presunción se puede vencer presentando pruebas que indiquen un comportamiento contrario al interés superior del menor por parte de un progenitor. Sin embargo, probar estas circunstancias se vuelve particularmente difícil y, en muchos casos, a pesar de que existan elementos que acrediten este perjuicio —como la violencia doméstica contra la madre—, tales pruebas no parecen alcanzar un estándar suficiente como para derrotar la presunción de coparentalidad y disponer medidas como la pérdida de la responsabilidad parental

o al menos una modificación del régimen de visitas que garantice la incolumidad del menor.

En el asunto *González Carreño vs. España*, de 2014,⁵⁵ el CEDAW determinó que el Estado español había infringido los derechos de la autora y de su hija fallecida, por no haber tomado en cuenta los antecedentes de violencia en los procedimientos civiles de fijación de custodia y del régimen de visitas de la niña, lo que puso en peligro su vida. En ese caso, el padre mató a la niña durante una de las visitas sin supervisión autorizada por el juzgado español, a pesar de las múltiples denuncias por violencia doméstica presentadas por la madre.

El CEDAW consideró que la actuación de las autoridades españolas “obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad”.⁵⁶

Detrás de la resistencia a considerar los hechos de violencia como evidencia capaz de derrotar el principio de coparentalidad se puede observar tanto el estereotipo de la mujer mentirosa como el estereotipo de que los niños no son fiables. El primero opera desvirtuando las denuncias de la víctima, a pesar de ser corroboradas por otros elementos. En el *caso Carreño*, varios acontecimientos violentos tuvieron lugar delante de testigos, como policías y servicios sociales;⁵⁷ aun así, no se consideró que la violencia alcanzase un umbral suficiente. El segundo estereotipo desvirtúa el relato de la menor, a pesar de elementos que dan razón a su rechazo del padre. Como recoge el examen psicológico llevado a cabo sobre la menor, no le gustaba estar con el padre, porque “no la trataba bien” y le “rompía las pinturas”.⁵⁸ El mismo informe de los servicios sociales reconoce que el

⁵⁵ V. CEDAW, *Ángela González Carreño vs. España*, (47/12), CEDAW/C/58/D/47/2012.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 9.4.

⁵⁷ En una ocasión, el agresor había seguido a la autora hasta la comisaría de policía, donde la había insultado y amenazado con secuestrar a la niña, agarrándole el pelo mientras ella cargaba a la niña en brazos, e intentando tirarla al suelo (V. *ibid.*, párr. 2.4). Más incidentes violentos tuvieron lugar en el centro de servicios sociales donde el padre violento acudía para recoger a la niña (V. *ibid.*, párr. 2.5).

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 2.8.

hombre carece de empatía y no sabe relacionarse adecuadamente con la menor; es más, que la utiliza para transmitir mensajes de animosidad a la madre e indagar sobre la vida de ella.⁵⁹ A pesar de ello, y de la ausencia de mejoras a lo largo del tiempo en el comportamiento del padre, los servicios sociales instan a que se normalice la relación con la menor, y el juzgado sigue esta línea. Es más: en una ocasión, el juzgado deja sin efecto una orden de alejamiento emitida a favor de la menor, al considerar que “entorpecía el régimen de visitas y podía perjudicar gravemente las relaciones entre padre e hija”.⁶⁰

A partir de esto, se observa cómo el principio de coparentalidad, en su aplicación por parte de trabajadores sociales y operadores del derecho, más que mecanismo de garantía de una distribución igualitaria de los roles de cuidado, se traduce en la garantía de un derecho absoluto del padre a tener relación con su hija, incluso cuando su actuación perjudica a la menor y a su madre. La coparentalidad disimula una visión patriarcal de la familia, donde no hay igualdad de derechos entre los miembros, sino que el *pater familias* tiene derecho de vida y muerte sobre el resto de la familia. Tal visión se traduce en estándares probatorios más elevados en caso de desvirtuar los derechos parentales del padre. De esto hay traza también en los distintos estándares y expectativas estereotipadas aplicadas a madres y padres para ser considerados buenos progenitores. Mientras que a la madre se le exige un nivel de abnegación total y la dedición total al cuidado, tanto física como emotiva, del padre se espera simplemente algo de cariño y afección, pero ningún compromiso en la crianza y educación de sus hijas e hijos. Así, el padre en el asunto Carreño no solo aparece violento e inadecuado, sino que tampoco cumple con sus responsabilidades paternas —no cumple con la obligación de pagar alimentos para la hija— ni respeta las órdenes de alejamiento, todo ello sin que

⁵⁹ En el informe, los servicios sociales relatan que el padre “es afectuoso con la menor, le propicia constantemente muestras de cariño y afecto. [...] La dinámica relacional pone de manifiesto que no se adapta a la etapa evolutiva en la que se encuentra la menor, haciendo preguntas y afirmaciones, en la forma y contenido inadecuados, dando lugar a situaciones nada beneficiosas para la menor. Pareciera, a menudo, que no puede ponerse en el lugar del otro, se observa una falta de empatía. Esto se manifiesta en su no adecuación a la corta edad de la menor, y en su no comprensión de situaciones normales que se dan en este contexto” (*ibid.*, párr. 2.13).

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 2.7.

sufra consecuencias legales. A pesar de esto, en ningún momento se cuestiona su comportamiento de cara al interés superior de la menor.

Bajo la lente de la presunción, se podría afirmar que el principio de coparentalidad en algunos casos actúa como una presunción casi absoluta, o extremadamente difícil de derrotar, a favor del padre. Resiste a la prueba en contrario y establece una conclusión irrefragable acerca de la necesidad de la presencia paterna en la vida de la menor.⁶¹ La conclusión, el resultado jurídico buscado por la norma, prescinde de un análisis de la realidad, de la averiguación de los hechos a través de pruebas.

Al enmarcarla como presunción absoluta, también se puede apreciar su dimensión normativa, su capacidad de moldear la definición jurídica de *padre* y *paterinidad*, en sentido de los deberes y responsabilidades que se exigen a quien asume la figura paterna. El grado de tolerancia legal de comportamientos abiertamente contrarios a los derechos de la infancia y de las mujeres no hace sino indicar que los derechos del padre son más bien privilegios. El derecho tolera que un padre ejerza violencia contra la madre, y que un menor asista a la violencia; tolera, además, que no cumpla con obligaciones básicas y que, en general, no esté obligado a modificar su comportamiento. Esta tolerancia incide sobre la percepción jurídica de lo que se espera de un buen padre y de lo que es considerado violencia doméstica.

Mientras que el CEDAW identificó el papel del estereotipo en proporcionar ventajas a una parte sobre la otra, el TEDH quedó algo rezagado en la capacidad de identificar las dinámicas estereotipadas. En el caso *M. y otros vs. Italia y Bulgaria*, el TEDH tenía que decidir un presunto caso de trata de menor, abusos sexuales y lesiones.⁶² La demandante era una menor búlgara de etnia romaní que había viajado a Italia con sus padres, debido a una propuesta de trabajo por parte de

⁶¹ Tal y como afirma la autora, “las autoridades encargadas de otorgar protección privilegiaron el estereotipo de que cualquier padre, incluso el más abusador, debe gozar de derechos de visita y de que siempre es mejor para un niño ser educado por su padre y su madre” (*ibid.*, párr. 3.8).

⁶² V. TEDH, *M. y otros vs. Italia y Bulgaria*, petición núm. 40020/03.

un hombre y su hijo, ambos ciudadanos serbios de etnia romaní. Al llegar a la residencia de los presuntos agresores, la menor fue secuestrada y los padres obligados a volver a Bulgaria mediante amenaza de muerte y repetidas agresiones. Los demandantes alegaron que la menor M. se encontraba en vigilancia permanente, que la forzaban a robar y había sufrido golpes, amenazas de muerte y abusos sexuales de manera repetida.

A pesar de cierta opacidad en la reconstrucción de los hechos, sabemos que la madre pudo volver a Italia e interponer una denuncia por secuestro de la hija. Transcurridos 20 días de la denuncia, la policía irrumpió en la residencia del presunto secuestrador y rescató a la menor.

Las autoridades interrogaron enseguida a la menor, quien ofreció declaraciones contradictorias con respecto a la versión de la madre. Esta incongruencia llevó a que las autoridades concluyeran que su relato era falso. Además, sobre la base de fotografías encontradas en el lugar donde la chica estaba secuestrada, la policía concluyó que se había celebrado una boda gitana, que los padres habían recibido dinero para que su hija se casara con el hijo del secuestrador, pero que más adelante se habían arrepentido, tal vez por razones económicas o a causa del trato recibido por la hija.⁶³ Por esta razón, el fiscal convirtió inmediatamente la denuncia de secuestro en una denuncia por falsas acusaciones en contra de la menor y su madre. Como relataron las demandantes, ninguna investigación se llevó a cabo sobre lo que ocurrió en la residencia del acusado, sobre todo en relación con los abusos sexuales y las lesiones padecidas por la hija. Por esta razón, las demandantes alegaron la violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos —prohibición de tortura y trato inhumano y degradante— y del artículo 4 —prohibición de esclavitud—, junto con el artículo 14, por discriminación racial. El TEDH encontró una violación del artículo 3, por investigación negligente por parte de las autoridades, pero descartó el resto de las demandas.

Dentro del razonamiento llevado a cabo por las autoridades nacionales, cabe destacar los numerosos elementos que llevaron al tribunal a formular una determi-

⁶³ *Ibid.*, párr. 93.

nada inferencia probatoria a partir de la prueba documental encontrada en la residencia, es decir, las fotografías de la presunta boda gitana. Por un lado, se puede advertir en ese razonamiento el clásico estereotipo de la mujer mentirosa, que fabrica denuncias de violencia. Al encontrar declaraciones incongruentes —las de la madre e hija—, el tribunal rápidamente concluye que sus denuncias son falsas, sin llevar a cabo una investigación completa. El argumento de la boda gitana, que el gobierno italiano subraya por ser una práctica “característica”, contribuye a corroborar la hipótesis de la mentira. Se trata de una hipótesis que no parece requerir la verificación de otros elementos, por ejemplo, no se requieren informes médicos sobre los abusos sexuales y las lesiones.

Más allá del estereotipo de la mujer mentirosa, el argumento de la boda gitana esconde también un estereotipo racista por el que la violencia es rasgo distintivo de las culturas “otras”, como la cultura gitana, mientras que la cultura hegemónica sería por definición igualitaria y progresista, siguiendo un esquema dicotómico. El estereotipo lleva a más consideraciones falaces: por un lado, desdibuja la realidad de que la violencia de género es transversal a culturas y contextos geográficos; por otro lado, al vincular la violencia con el entorno familiar gitano, el efecto del estereotipo es la justificación de la violencia misma, que queda normalizada en contextos culturales extranjeros. El estereotipo racista que asocia la violencia a ser gitano produce un efecto procesal concreto: las autoridades no se preocupan por buscar la verdad, no pretenden conocer los acontecimientos, porque el estereotipo proporciona una reconstrucción de la realidad que resulta plausible. No estamos frente a un caso de falta de pruebas e incertidumbre, sino de una decisión deliberada de no buscar pruebas, porque la verdad viene establecida de forma preliminar. No solo se ve afectada la prueba, en el caso concreto; los estereotipos vienen a modificar y plasmar qué se considera jurídicamente como violencia, qué cuenta como discriminación y como derecho fundamental.

Ambos estereotipos, de género y de raza, parecen actuar como presunciones: proporcionando una reconstrucción argumentativa de la realidad —las demandantes mintieron: tuvo que tratarse de una boda gitana—, que no solo aparece plausible, sino que se da por verdadera, hasta el punto de que no hace falta proceder a la búsqueda de la verdad. En este caso, los estereotipos sirven para desvirtuar

o subestimar la gravedad de los delitos denunciados —trata, abuso sexual, etcétera— como si fueran acciones normales dentro de las familias romaníes. Asimismo, este planteamiento sirve para explicar y justificar la interrupción de las investigaciones. En este sentido, tienen un alcance tanto probatorio —desvirtuando ciertas pruebas y subiendo el estándar probatorio— como constitutivo, al afectar la percepción de una violación de derechos humanos. Tal y como argumentó una jueza en su voto disidente, la boda gitana se construye como un “acuerdo para vender a la esposa para cualquier finalidad”, de modo que cualquier abuso ocurrido dentro del matrimonio queda fuera de la protección de los derechos humanos.⁶⁴

En otro caso paradigmático, *R. H. vs. Suecia*,⁶⁵ el TEDH ha sido llamado a valorar la existencia de un riesgo de trato inhumano y degradante, en concreto el riesgo de padecer violencia de género —artículo 3 de la Convención Europea de los Derechos Humanos—, alegado por una mujer, R. H., solicitante de asilo. R. H. denunciaba que, al ser expulsada a Somalia, su país de origen, sus tíos la forzarían a una boda acordada contra su voluntad y, en caso de oponerse, terminarían con su vida.

El TEDH excluyó que existiera un riesgo de trato inhumano, al constatar que la demandante estaría protegida por su red familiar, en concreto por los varones de su familia —su hermano y sus tíos—. Sin embargo, R. H. denunciaba estar expuesta supuestamente al riesgo de violencia por parte de sus tíos. En este caso también se pueden identificar tanto el estereotipo de la mujer mentirosa o no creíble, que sirve para desvirtuar su relato, como el estereotipo del hombre protector y de la mujer protegida. Este último establece una asociación automática entre ser varón y proteger a las mujeres del propio entorno familiar. Tal conclusión deriva de la visión patriarcal de la familia como un lugar ajeno a la injusticia, intrínsecamente solidario y donde la violencia no tiene cabida. Esta visión se revela muy difícil o casi imposible de desvirtuar, a pesar de tener evidencias tanto generales —informes internacionales que comprueban que, en la mayoría de los casos, la violencia machista se ejerce entre familiares o por

⁶⁴ La expresión es de la jueza Kalaydjieva, y la utiliza en su voto disidente.

⁶⁵ V. TEDH, *R. H. vs. Suecia*, petición núm. 4601/14.

exparejas—⁶⁶ como individuales —en el caso concreto, R. H. era amenazada por sus tíos—. Se trata de una verdad que no requiere ser probada, ni admite prueba en contrario. En este sentido, el tribunal actúa como si existiera una presunción absoluta que asimila o equipara la presencia de familiares masculinos al hecho de estar protegida —como si un hecho *constituyera* el otro—, y sustrae este hecho del ámbito de la verdad o de la necesidad de acreditarlo.⁶⁷ No solamente se trata de una operación contraepistémica, sino que llega a desdibujar la comprensión legal del concepto de “riesgo de trato inhumano”. Este último se reduce a una cuestión privada que depende de la simple presencia de varones en la familia y de la conformidad con expectativas estereotipadas. De hecho, mirando otros fallos del TEDH, parece que las mujeres fuertes, asertivas, instruidas y de clase media no son consideradas víctimas ideales, al desafiar la visión estereotipada de la mujer como víctima vulnerable e indefensa.⁶⁸ En este sentido, los estereotipos-presunción observados tienen un impacto sobre las definiciones legales que merece ser subrayado.

VI. Conclusión

En este capítulo se ha presentado una aproximación alternativa al estudio sobre estereotipos en el ámbito judicial. Aunque esta propuesta comparte la postura más común en la literatura en derechos humanos, considerando el estereotipo como mecanismo de la desigualdad estructural, se aparta de las conclusiones que a menudo se traen en relación a la función neutra del estereotipo. Por el contrario, sigue una línea marcada por investigaciones feministas, al considerar que la discriminación es un fenómeno sistémico o estructural que no requiere intención individual, sino que está inscrita en normas, hábitos, instituciones, y en el derecho mismo. Esta postura permite poner el foco sobre los mecanismos propios del derecho que pueden racionalizar, normalizar o justificar argumentos estereo-

⁶⁶ *Ibid.*, Voto disidente de los jueces Zupančič y De Gaetano.

⁶⁷ V. Aguiló Regla, “Presunciones, verdad y normas procesales”, en *Isegoría*, pp. 9-31.

⁶⁸ V. TEDH, *Collins y Akaziebie vs. Suecia*, petición núm. 23944/05 (inadmisible). V. también el trabajo de Peroni, “The Protection of Women Asylum Seekers under the European Convention on Human Rights: Unearthing the Gendered Roots of Harm”, en *Human Rights Law Review*, pp. 347-370, sobre esta jurisprudencia.

tipados, y construir de ese modo cierta narrativa jerárquica sobre los grupos socialmente oprimidos.

Al estar los estereotipos estrictamente ligados a la percepción e interpretación de los hechos, resulta que tienen similitud con un mecanismo que atañe al ámbito probatorio, como las presunciones legales. Si bien es cierto que la naturaleza probatoria de las presunciones legales es objeto de controversia, y que la diversidad de tipos de presunciones dificulta proponer una conceptualización unívoca, la comparación entre estereotipos y presunciones legales nos permite profundizar en temas como la interacción entre prueba y categorías o definiciones sustantivas, entre las dimensiones constitutivas y regulatorias de los estereotipos-presunciones y los artificios del derecho para manejar la realidad.

Lejos de establecer una correspondencia estricta entre estereotipos y presunciones, el objetivo de esta exploración es más bien ampliar la percepción de los estereotipos y profundizar en su estructura, de cara a elaborar una definición operativa más precisa de estereotipo, que permita a las y los operadores jurídicos identificarlo y actuar sobre él, sobre todo en los juicios de igualdad y no discriminación y en procesos sobre la violación de derechos fundamentales.

No se trata de asumir que las presunciones vehiculen siempre estereotipos o que sean mecanismos intrínsecamente dañinos. La comparación nos sirve para entender que el estereotipo puede presentarse como teniendo una estructura racional, similar a otros mecanismos del derecho, y que por eso consigue tener tal alcance y esconderse de los mecanismos de control. Ciertamente, futuras investigaciones son necesarias para explorar otros mecanismos del derecho que pueden vehicular estereotipos y para, sobre esa base, formular recomendaciones y buenas prácticas para las y los operadores del derecho.

Bibliografía

Aguiló Regla, J., “Nota sobre ‘Presunciones’ de Daniel Mendonca”, *Doxa*, vol. 22, 1999.

_____, “Presunciones, verdad y normas procesales”, *Isegoría*, vol. 35, 2006.

- _____, “Las Presunciones en el Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2018.
- Amsterdam, A. G., y Bruner, J., *Minding the Law: How Courts Rely on Storytelling, and How their Stories Change the Way we Understand the Law and ourselves*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2002.
- Añón Roig, M. J., “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, vol. 39, núm. 39, 2013.
- Appiah, K. A., “Stereotypes and the Shaping of Identity”, *California Law Review*, vol. 88, 2000.
- Arena, F. J., “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual”, *Revista de Derecho de La Universidad Austral de Chile*, vol. 29, núm. 1, 2016.
- _____, “Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos”, en V. Risso y S. Pezzano (eds.), *Derecho y Control (2)*, Ferreyra Editor, Argentina, 2019.
- Barrère, M. Á., *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*, Grijley, Lima, 2014.
- Barrère, M. Á. y Morondo Taramundi, D., “Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 45, 2011.
- Bartlett, K. T., “Feminist Legal Methods”, *Harvard Law Review*, vol. 103, 1989.
- Cook, R. J. y Cusack, S., *Gender stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2010.

- Cusack, S., *Eliminating judicial stereotyping. Equal access to justice for women in gender-based violence cases*, informe para el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, 2014.
- Di Donato, F., *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel processo*, FrancoAngeli, Milán, 2008.
- , *The analysis of legal cases. A Narrative Approach*, Routledge, 2020.
- Dovidio, J. F., Hewstone, M., Glick, P., y Esses, V. M., “Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview”, en *Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, SAGE, Londres, 2010.
- Estrich, S., *Real Rape*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1987.
- Fabbrini, G., “Note in tema di presunzioni legali”, *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, vol. XLV, núm. 3, 1991.
- Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Frank, J., *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, 1950.
- Gama, R., “Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental”, *Revista de Estudios de La Justicia*, vol. 19, 2013.
- , “The Nature and the Place of Presumptions in Law and Legal Argumentation”, *Argumentation*, vol. 31, núm. 3, 2017.
- , “Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico”, *Quaestio Facti*, vol. 1, 2020.
- Gascón Abellán, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

- Ghidoni, E. y Morondo Taramundi, D., “El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio”, aceptado para publicación en *Discusiones*.
- González Lagier, D., *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Distribuciones Fontamara, 2013.
- Grozdanovski, L., «Le probable, le plausible et le vrai. Contribution à la théorie générale de la présomption en droit», *Revue Interdisciplinaire d'études Juridiques*, vol. 84, 2020.
- Holtmaat, R. y Naber, J., *Women's Human Rights and Culture. From Deadlock to Dialogue*, Intersentia, Cambridge, Massachusetts, 2011.
- Hunter, R., “Gender in Evidence: Masculine Norms vs. Feminist Reforms”, *Harvard Women's Law Journal*, vol. 19, 1996.
- , “Feminist Judging in the ‘Real World’”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 8, núm. 9, 2018.
- L'Hereux-Dubé, C., “Beyond the Myths: Equality, Impartiality, and Justice”, *Journal of Social Distress and the Homeless*, vol. 10, 2001.
- Matsuda, M. J., “Liberal Jurisprudence and Abstracted Visions of Human Nature: A Feminist Critique of Rawls' Theory of Justice”, *New Mexico Law Review*, vol. 16, núm. 3, 1986.
- Mossman, M. J., “Feminism and legal method: The difference it makes”, *Wisconsin Women's Law Journal*, vol. 3, 1987.
- Mccrimmon, M., “The social construction of reality and the rules of evidence”, *University of British Columbia Law Review*, vol. 23, 1991.

- Nicolson, D., "Gender, epistemology and ethics: feminist perspectives on evidence theory", en M. Childs y L. Ellison (eds.), *Feminist perspectives on evidence*, Cavendish, Londres, 2000.
- Orenstein, A., "Evidence and Feminism", en B. Taylor, S. Rush, y R. J. Munro (eds.), *Feminist Jurisprudence, Women and the Law: Critical Essays and Articles*, Littleton, Rothman & Company, 1999.
- Pastore, B., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, CEDAM, Padua, 2014.
- Peroni, L., "The Protection of Women Asylum Seekers under the European Convention on Human Rights: Unearthing the Gendered Roots of Harm", *Human Rights Law Review*, vol. 18, núm. 2, 2018.
- Ramia, J., "La noción de presunción más allá del Derecho", *Revista de Humanidades*, vol. 32, 2017.
- Scheppele, K. L., "Just the Facts, Ma'am: Sexualised Violence, Evidentiary Habits, and the Revision of Truth", *New York Law School Law Review*, vol. 37, 1992.
- Taruffo, M., "Narrativas Judiciales", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 20, núm. 1, 2007.
- _____, "Considerazioni sulle massime d'esperienza", *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, vol. 63, núm. 2, 2009.
- _____, "Il fatto e l'interpretazione / O fato e a interpretação", *Revista de Faculdade de Direito do Sul de Minas*, vol. 26, núm. 2, 2010.
- Timmer, A., "Toward an anti-stereotyping approach for the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 11, núm. 4, 2011.

_____, “Judging Stereotypes : What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 63, 2015.

Twining, W., “Narrative and Generalizations in Argumentation about Questions of Fact”, *South Texas Law Review*, vol. 40, núm. 351, 1999.

Undurraga, V., “Gender Stereotyping in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, en E. Brems y A. Timmer (eds.), *Stereotypes and Human Rights Law*, Intersentia, Antwerp, 2016.

Wells, C. P., “Situating Decisionmaking”, *Southern California Law Review*, vol. 63, 1990.

Young, I. M., *Justice and the politics of difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

Comisión Europea

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una unión de la igualdad: estrategia para la igualdad de género 2020-2025, COM(2020) 152 final.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero de 2007.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Ángela González Carreño vs. España, (47/12), CEDAW/C/58/D/47/2012.

Karen Tayag Vertido vs. Filipinas (18/08), CEDAW/C/46/D/18/2008 (2010).

R.P.B. vs. Filipinas (34/11), CEDAW/C/57/D/34/2011.

V. K. vs. Bulgaria (20/08), CEDAW/C/49/D/20/2008.

Recomendaciones generales CEDAW

Recomendación General Núm. 33, sobre acceso de las mujeres a la justicia, 23 de julio de 2015.

Consejo de Europa

Recomendación CM/Rec(2019)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros para prevenir y combatir el sexismo, 27 de marzo de 2019.

Recomendación CM/Rec(2007)17 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las normas y los mecanismos de entre hombres y mujeres, 21 de noviembre de 2007.

Estrategia para la Igualdad de Género 2018-2023.

Corte Interamericana de Derechos Humano (Corte IDH)

Véliz Franco y otros vs. Guatemala, Ser C núm. 277, sentencia de 19 mayo 2014.

González y otras (“Campo algodonero”) vs. México, Serie C núm. 205, sentencia de 16 noviembre 2009.

Parlamento Europeo

Situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea en 2017 —2018/2103(INI)—, resolución del Parlamento Europeo, 16 de enero de 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

R. H. vs. Suecia, petición núm. 4601/14, 10 septiembre 2015.

M. y otros vs. Italia y Bulgaria, petición núm. 40020/03, 31 de julio de 2012.

Collins y Akaziebie vs. Suecia, petición núm. 23944/05, 8 marzo 2007 (inadmisible).

"Cultura de la violación"
y razonamiento judicial
Los estereotipos sexuales
en la jurisprudencia
de las altas cortes de la región

Julieta Di Corleto* **

* Abogada (UBA). LLM (Harvard Law School). Doctora en Historia (UdeSA). Defensora Pública Oficial a cargo de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa de Argentina.

** Agradezco a Agustina González la asistencia brindada para identificar los precedentes judiciales trabajados en este texto.

“Cultura de la violación” y razonamiento judicial. Los estereotipos sexuales en la jurisprudencia de las altas cortes de la región. I. Introducción; II. Prejuicios y perjuicios en el procesamiento de casos de violencia de género; III. La “violación real” y sus estereotipos derivados; IV. Estereotipos sexuales: un recorrido por las decisiones de las altas cortes de la región; V. Razonamiento judicial sin estereotipos; VI. Desmantelando la “cultura de la violación”; VII. El diálogo iniciado y pendiente con la jurisprudencia interamericana; VIII. Conclusiones.

I. Introducción

En las últimas décadas, numerosos países latinoamericanos encararon reformas en la legislación en materia de violencia sexual. Muchas de estas modificaciones fueron impulsadas por los reclamos de los movimientos de mujeres, desde donde se apuntaló la idea de que las agresiones sexuales no conllevan una afectación al honor o al pudor, sino que constituyen un ataque a la integridad o libertad sexual.¹ Partiendo de la primacía de los principios de la autonomía personal y de igualdad y no discriminación, estas reformas excluyeron de la descripción típica los requisitos de fuerza y resistencia que habían tomado las primeras codificaciones de la región, siguiendo la tradición española.

A pesar de estas transformaciones legales, la idea de que la ausencia de consentimiento define al delito de violación no siempre fue adoptada de manera pacífica. Como en toda otra modificación normativa, muchos tribunales de la región continuaron utilizando los criterios de fuerza y resistencia para discernir

¹ V. Rodríguez, “Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas”, en *Las trampas del poder punitivo: el género en el derecho penal*, pp. 139-73; Silva y Llaja, “La tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica”, en *Género y Justicia Penal*.

cuándo se estaba ante un caso de violencia sexual. A la hora de dictar sentencias, las y los jueces mantuvieron los marcos de sentido correspondientes a sus propios universos culturales; lo que llevó a que, en la interpretación de los delitos supuestamente neutros y objetivos, permearan antiguas concepciones sobre la violencia sexual que operaron en detrimento de la garantía de acceso a la justicia.

En efecto, en el estudio de la jurisprudencia latinoamericana no faltan ejemplos de tribunales que aún ignoran el lugar del consentimiento en los abusos sexuales y restan credibilidad a las denunciadas, partiendo de ideas preconcebidas sobre cuál debe ser su comportamiento después de sufrir un ataque sexual. Estas generalizaciones conforman lo que se ha dado en llamar la “cultura de la violación”, una representación estereotipada sobre las características de estos hechos y sobre las condiciones de sus protagonistas, ya sean víctimas o victimarias.

A pesar de la persistencia de estas nociones que niegan el vínculo entre autonomía, acceso a la justicia, e igualdad y no discriminación, en los últimos años, algunos tribunales han comenzado a dictar sentencias que cuestionan estas miradas tradicionales sobre la violencia sexual. Algunos jueces han comenzado a desmantelar los rasgos más salientes de esta representación, al poner alguna distancia respecto de la comprensión de estos abusos como atentados contra el honor y las buenas costumbres, en una esforzada y suave pendiente de cambio. Con el objetivo de valorizar las decisiones que propagan los alcances del principio de igualdad y no discriminación a la exégesis del delito de violación, pero también con el fin de identificar los espacios en los que el razonamiento judicial aún requiere un mayor desarrollo, este trabajo presenta y analiza las decisiones emitidas por las altas cortes de Argentina, Chile, Colombia, México y Perú entre 2015 y 2020, en las que revocaron sentencias anteriores que contenían visiones estereotipadas sobre la violencia sexual.² El objetivo final es iluminar nuevas líneas de

² Este trabajo no pretende sustituir estudios más profundos sobre derecho comparado que pondrían de resalto las diferencias institucionales que condicionan las diversas respuestas de los tribunales, V. Pou Giménez, “Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la

argumentación jurídica que, si bien tardías o incipientes, ofrecen formas más igualitarias de comprender la sexualidad.

El orden de la exposición es el siguiente. En la sección II, se describen las características de los estereotipos y sus funciones descriptivas y prescriptivas. A partir del reconocimiento de la extensión y vigencia de los prejuicios de género, se destaca la necesidad de examinar su inclusión en la argumentación jurídica a fin de evaluar los perjuicios que pueden generar en el procesamiento de casos. A continuación, en el apartado III se enuncian los postulados de la "cultura de la violación". Se trata, por lo menos, de cuatro especulaciones que ofrecen una representación monolítica de la violencia sexual y de las personas implicadas. Por su carga discriminatoria en la definición de la autonomía personal y de la protección judicial, su impacto en las decisiones judiciales resulta especialmente problemático. El punto IV constituye el punto nodal de este trabajo ya que allí se describen cinco decisiones emitidas por las altas cortes de Argentina, Chile, Colombia, México y Perú, en las que las y los operadores de justicia cuestionaron el uso de estereotipos en casos de violencia sexual. A continuación, en los apartados V, VI y VII se despliegan diferentes líneas de análisis que, oscilan entre las herramientas conceptuales, analíticas y argumentales previamente desarrolladas, para señalar los aciertos y los problemas de estas decisiones. Por último, en la sección VIII se presentan las conclusiones.

regionalización del activismo", en *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, pp. 231-50. Por esta razón, en este texto no se toma en cuenta, por ejemplo, la diferente jerarquía normativa que tienen los tratados sobre derechos humanos en cada ordenamiento interno; o las diferentes funciones que tienen las cortes supremas de los países escogidos; o las distintas agendas que tienen las instituciones especializadas en cuestiones de género en cada uno de estos contextos. Sobre este punto en particular, sí es importante destacar que todos los países cuya jurisprudencia se analizará cuentan, dentro de las estructuras judiciales, con oficinas especializadas en cuestiones de género. En términos generales, sus objetivos son promover la protección de los derechos de las mujeres y diversidades sexuales en la administración de justicia a través de la incorporación de la perspectiva de género en la política judicial. Mientras Argentina cuenta con la Oficina de la Mujer, Colombia posee la Comisión Nacional de Género Rama Judicial, Chile sostiene, dentro del Poder Judicial, a la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, México tiene un Comité Interinstitucional de Igualdad de Género del Poder Judicial de la Federación como un órgano de alta dirección que representa a las tres instancias que integran el Poder Judicial de la Federación, y Perú cuenta con la Comisión de Justicia de Género.

II. Prejuicios y perjuicios en el procesamiento de casos de violencia de género

En los últimos años, diferentes investigaciones han cuestionado a los tribunales de la región por recurrir al uso de estereotipos altamente sexistas y discriminatorios en casos de violencia de género. Las controversias se suscitaron en la interpretación sustantiva de diferentes tipos penales y en el valor probatorio dado a las declaraciones de las víctimas.³

En relación con esta temática, una de las contribuciones más influyentes fue el libro de Rebecca Cook y Simone Cusack, quienes señalaron que los estereotipos de género involucran representaciones, características, atributos y roles que se asignan a varones y mujeres en la sociedad. De alguna manera, se trata de herramientas que simplifican y ayudan a entender diferentes fenómenos. Entre este conjunto de simplificaciones, las autoras distinguieron entre estereotipos de sexo, sexuales y de roles de género. Mientras los primeros aluden a las características fisiológicas de las personas, los segundos se relacionan con la sexualidad y los últimos con la construcción de roles. A su vez, cada uno de ellos se reconstruye en uno nuevo cuando se combina con otras características sociales, como la clase, la etnia o la nacionalidad.⁴

Tomando como punto de referencia estos lineamientos, la Corte Interamericana ha condenado el uso de estereotipos en el juzgamiento de hechos constitutivos de violencia de género. En su primera decisión en este sentido, la Corte IDH condenó la prevalencia de estereotipos de género en las investigaciones iniciadas por los homicidios a mujeres en Ciudad Juárez, México. El Tribunal Interamericano sostuvo que los estereotipos de género son una:

³ V. Asensio, et. al., *Discriminación de género en las decisiones judiciales: justicia penal y violencia de género*; Cf. Fernández Valle, “Las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana”, en *Violencias contra las mujeres: relaciones en contexto*, pp. 297-332; Di Corleto y Piqué, “Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género”, en *Género y derecho penal: homenaje al Prof. Wolfgang Schöne*, pp. 285-307.

⁴ V. Cook y Cusack, *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*.

pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la(s) mujer(es), condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales.⁵

En decisiones posteriores, la Corte Interamericana continuó marcando la incidencia negativa de los estereotipos y la necesidad de erradicarlos del razonamiento judicial. A pesar de que el propio desarrollo argumentativo pueda crecer en rigurosidad, sus decisiones han significado una contribución potente a la identificación de estereotipos de género.⁶ En esta materia, las sentencias emitidas por la Corte IDH en los casos de *Campo Algodonero vs. México*, *Fernández Ortega vs. México*, *Rosendo Cantú vs. México*,⁷ *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *Fornerón vs. Argentina*, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, *J. vs. Perú*, *Véliz Franco vs. Guatemala*, *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, *González Lluy vs. Ecuador*, *Velásquez Paiz vs. Guatemala*, *Ángel Alberto Duque vs. Colombia*, *Flor Freire vs. Ecuador*, *Yarce y otras vs. Colombia*, *IV vs. Bolivia*, *Favela Nova Brasilia vs. Brasil*, *Gutiérrez Hernández vs. Guatemala*, *VRP y VPC vs. Nicaragua*, *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, *Cuscul Piraval vs. Guatemala*, *Lopez Soto vs. Venezuela*, *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, *Azul Rojas Marín vs. Perú*, *Guzmán Albarracín vs. Ecuador*, y *Vicky Hernández vs. Honduras*, explicitan cómo los estereotipos de sexo, sexuales y de roles de género pueden incidir negativamente en las decisiones de los tribunales locales.⁸

Sobre el uso de estereotipos en el razonamiento judicial, Federico Arena se ha ocupado de matizar la idea de que toda generalización resulta nociva.⁹ Sucede

⁵ Corte IDH, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, párr. 401.

⁶ V. Borquéz y Clérico, "Una vuelta de tuerca al análisis de estereotipo: estereotipo combinado", en *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, pp. 1-28. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/545>; Fernández Valle, *op. cit.*

⁷ Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 108.

⁸ V. el apartado de bibliografía en este capítulo.

⁹ Cf. Arena, "Los estereotipos normativos en la decisión judicial", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, p. 70. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v29n1/art03.pdf>.

que la temática ha cobrado tal visibilidad que predicar en contra del uso de estereotipos corre el peligro de convertirse en una fórmula vacía cuyo significado y sentido está lejos de garantizar los derechos que pretende proteger. De hecho, en algunas ocasiones, estas generalizaciones pueden ser fundamentales para la caracterización identitaria de grupos históricamente discriminados, por lo que desecharlos sin más puede ser igualmente perjudicial que abrazarlos sin miramientos.

En esta línea, el autor traza una distinción, por un lado, entre estereotipos descriptivos que tienen una base estadística corroborada y aquellos sin sustento fáctico alguno; y por el otro, entre estereotipos normativos que imponen roles a quienes los rechazan o que establecen pautas de conducta que son aceptadas y son constitutivas la identidad de un grupo. Según esta clasificación, el uso de los estereotipos descriptivos será problemático cuando no tenga una base estadística o cuando teniéndola resulte falsa respecto de la persona a la que pretende describir; y en el caso de los estereotipos normativos, serán perjudiciales cuando sean atribuidos a una determinada comunidad que no se identifica con ese rol o cuando, respecto de una persona en concreto dentro de ese grupo, dicha norma afecte su identidad o autonomía.¹⁰

Ambas generalizaciones, —alegadas en un caso concreto, con independencia de su función descriptiva o prescriptiva— requerirían una instancia de corroboración; en especial cuando se apliquen respecto de categorías sospechosas, como resultan las mujeres en supuestos de violencia de género. En el caso de los estereotipos descriptivos el problema surgirá en la medida en que, incluso con una base estadística, dicha generalización resulte discriminatoria en el caso concreto; y en el supuesto de los estereotipos normativos el problema estará dado cuando el resultado de esa enunciación tenga la pretensión de imponer un rol a una persona que no lo acepta y esto limite su capacidad de autodeterminarse.¹¹

¹⁰ *Ibid.*, p. 71.

¹¹ Arena, “Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos”, en *Derecho y Control 2*, p. 39-40.

Los estereotipos, —enmascarando descripciones o prescripciones, en el juzgamiento de hechos constitutivos de violencia de género se filtran como inferencias deductivas en el razonamiento judicial. Por ello, más allá de la función descriptiva o prescriptiva que cumplan, el desafío principal consiste en identificar en qué medida estos sesgos acarrearán formas sutiles de discriminación y restricción de derechos para sus víctimas. En estos términos, el ejercicio que se propone consiste, en primer lugar, en definir el estereotipo; en segundo término, en demostrar la falla en la argumentación en razón de su uso; y, por último, en explicitar el daño que ocasiona en un caso en concreto.¹²

III. La "violación real" y sus estereotipos derivados

La literatura especializada ha identificado un conjunto de creencias acerca de los ataques sexuales que integran lo que se ha dado en llamar la "cultura de la violación". Se trata de una serie de estereotipos sexuales que, a la par de establecer una representación monolítica de la "violación real", tienden a naturalizar este tipo de agresiones hacia las mujeres y a responsabilizarlas por los daños sufridos.¹³ Por sus características, estas representaciones contienen supuestas descripciones y prescripciones que, cristalizadas en el discurso judicial, limitan la capacidad de las personas de diseñar sus planes de vida autónomos, de recurrir a la justicia en caso de que se vean afectados sus derechos, y de obtener dicha protección sin discriminación.

La cultura de la violación está conformada, por un lado, por una serie de generalizaciones que, sin una base estadística que las sustente, pretenden describir la conducta de las víctimas frente a las agresiones sexuales —estereotipos descriptivos—; y, por otro lado, por prescripciones sobre el comportamiento ideal de las

¹² *Ibid.*, *passim*; V. también, Clérico, "Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos", en *Revista Derechos en Acción*, pp. 211-46.

¹³ V. Estrich, "Violación" en *Justicia, Género y Violencia*.

mujeres en relación con el ejercicio de su sexualidad y autonomía —estereotipos normativos—. En su aplicación general y con independencia de su función descriptiva o prescriptiva,¹⁴ ambas simplificaciones resultan problemáticas: las primeras niegan la protección igualitaria de la ley penal y las segundas constriñen la autonomía sexual de las mujeres.

En efecto, detrás de la figura de la “violación real” despunta un entramado complejo de creencias que podrían resumirse en cuatro.¹⁵ La primera prescribe que solo un desconocido puede perpetrar la violación, por lo que parece imposible que la pareja o ex pareja de una mujer cometa una agresión sexual. De esta presunción se deriva que, si una mujer dijo “sí” en una oportunidad, su asentimiento habilita cualquier otro encuentro sexual. Bajo esta representación, solo las mujeres vírgenes pueden ser víctimas de violación, no existe el delito en el matrimonio y no hay margen para establecer condiciones a determinados contactos sexuales.¹⁶ Por estas razones, este estereotipo desconoce que la confianza es una circunstancia que propicia los abusos, de allí que los escenarios más comunes de las violaciones sean aquellos en los que víctima y victimario tenían una relación previa.¹⁷

La segunda especulación más extendida en la organización social sostiene que solo hay violación cuando la mujer resulta lesionada. Se trata de un resabio proveniente de la legislación decimonónica que exigía que, para tener por configurado el delito, el agresor debía haber ejercido fuerza y la víctima opuesto resistencia. En esta configuración, no hay violación cuando solo existen amenazas o alguna otra forma de coerción. Ante una “violación real”, la mujer lucha para

¹⁴ V. Arena, *op. cit.*

¹⁵ Cf. Burt, “Cultural myths and supports for rape” en *Journal of Personality and Social Psychology*, pp. 217-30.

¹⁶ Cf. García Campos, “Complejidades del ‘no es no’: un análisis del stealthing como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal” en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho*, pp. 117-40. Disponible en https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-18-1/Revista-juridica-ano-18-N1-08.pdf

¹⁷ Cf. Di Corleto, “Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación”, en *Nueva doctrina penal*, pp. 411-40; Di Corleto, “La prueba de la violencia sexual en centros penitenciarios. Notas al fallo ‘Rivero’ de la Cámara Federal de Casación Penal”, en *Pensar la prueba* Núm. 2, pp. 79-107.

preservar su honor y resiste con gritos y llantos; de lo contrario la afrenta no tiene relevancia penal.¹⁸

El tercer estereotipo afín con la cultura de la violación prescribe que el comportamiento previo al ataque determina la configuración del delito. Según esta creencia, el pasado sexual será una de las variables para evaluar si la mujer consintió el hecho denunciado. La expresión "a las niñas buenas no les pasa nada malo"¹⁹ delimita la idea de que hay personas que no pueden ser víctimas de violación: si las mujeres tienen una vida sexual activa, si concurren solas a determinados lugares o consumen alcohol, habrán realizado un aporte relevante al delito; por lo que su propia responsabilidad neutralizará la conducta de la contraparte.²⁰

El último estereotipo sexual describe y prescribe que las mujeres víctimas siempre denuncian la violación en forma inmediata; de lo contrario, mienten. Con esta idea se arguye que una forma de evaluar la veracidad de la denuncia es atender al tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y la presentación de la víctima ante la justicia, así como también su temperamento al momento de hacerlo. Si no muestran estrés o sensibilidad frente a lo sufrido, su credibilidad se verá menoscabada. En estos términos, una víctima *real* de violación irá a buscar ayuda y se mostrará extremadamente avergonzada y afligida por lo sucedido y su relato será rico y preciso en detalles.²¹

Si en la categorización de la violación existen un conjunto de creencias fuertemente arraigadas que pretenden describir y prescribir las particularidades de este fenómeno y el comportamiento de las personas implicadas, es razonable que estos prejuicios operen en la actividad de construcción y reconstrucción del derecho. Sin embargo, lo problemático es que, en su dimensión descriptiva, estas afirmaciones contienen una fuerte carga discriminatoria; y en su dimensión normativa

¹⁸ V. Hercovich, "La violación sexual: un negocio siniestro" en *Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal*, Cf. también Correa Florez, "Los mitos sobre la violación (Rape Myths) en la construcción y la aplicación del derecho penal", en *Violencias contra las mujeres: relaciones en contexto*, pp. 199-201.

¹⁹ V. la obra que lleva este título. Madriz, *A las niñas buenas no les pasa nada malo*.

²⁰ Cf. Di Corleto, "Límites a la prueba...cit"; Correa Florez, *op. cit.*, p. 201.

²¹ Cf. Di Corleto, *op. cit.*

limitan la capacidad de las personas de escoger su propio plan de vida; de allí que su uso en el trabajo interpretativo de los tribunales deba ser prevenido.

IV. Estereotipos sexuales: un recorrido por las decisiones de las altas cortes de la región

Los países cuyas decisiones son objeto de estudio en este trabajo sobrellevaron reformas legales en materia de delitos contra la integridad sexual. Mientras en Argentina los cambios legislativos se dieron entre 1998 y 2017,²² en Chile se dieron entre 1999 y 2010,²³ en Colombia en 2000 y 2008,²⁴ en México entre 1989

²² El artículo 119 de Argentina establece: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando median-do las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. [...]”.

²³ El artículo 361 del Código Penal de Chile establece: “La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes: 1° Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2° Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia. 3° Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima”. El artículo 362 prescribe: “El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurren circunstancias alguna de las enumeradas en el artículo anterior”.

²⁴ El artículo 206, CP Colombia establece: “El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años”. A su vez, el artículo 207 distingue la conducta de quien: “realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años”. Esta figura se complementa con el artículo 210 que estipula “El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años. A su vez, el artículo 208 determina que: “El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”. Finalmente, el artículo 212A aclara: “Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento”.

y 2012,²⁵ y en Perú en 2004.²⁶ Estas reformas incluyeron una nueva definición del bien jurídico protegido y excluyeron el requisito de la fuerza o resistencia de

²⁵ El Código Penal Federal Mexicano establece en su artículo 265: "El que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años. Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo. Se considerará también como violación y se sancionará con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido". El artículo 265 bis.: "Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior. Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida". El artículo 266: "Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena: I.- Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad; II.- Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; y III.- Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima. Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad".

²⁶ En el Código Penal peruano el artículo 170 prescribe: "Violación sexual. El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme corresponda: 1. Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos. 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima. 3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública. 4. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años. 5. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave". El artículo 171 dispone: "Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir. El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, después de haberla puesto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Cuando el autor comete este delito abusando de su profesión, ciencia u oficio, la pena será privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor a doce años". El artículo 172: Violación de persona en incapacidad de resistencia. El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. Cuando el autor comete el delito abusando de su profesión, ciencia u oficio, la pena será privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor a doce años". Y el artículo 173: "Violación sexual de menor de catorce años de edad. El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad: 1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. 3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o

la víctima como determinante para la tipificación de la violación. En este sentido, las nuevas formulaciones legales impactaron en el núcleo de las imágenes preconcebidas sobre la violación, sus víctimas y victimarios.

Con este cuadro normativo de fondo, el análisis de las prácticas judiciales constituye una ventana a través de la cual examinar cómo las creencias en torno a la violación se articulan en ese espacio y perpetúan un orden social en el cual las agresiones sexuales contra las mujeres son minimizadas bajo el ropaje de una racionalidad jurídica universal y neutral.²⁷ A pesar de la fuerza y persistencia de la discriminación estructural, sin pretender caer en un optimismo exacerbado, el relevamiento de las decisiones emitidas por las altas cortes de Argentina, Chile, Colombia, México y Perú muestra que, cuanto menos en esas instancias superiores de la administración de justicia, se ha comenzado a delinear una nueva sensibilidad legal en torno a la violación sexual.

1. Corte Suprema de Justicia de Argentina

El 4 de junio de 2020, con remisión al dictamen del Procurador General, la Corte Suprema de Argentina resolvió el caso *Sanelli, Juan Marcelo*, en el que se investigaban dos abusos sexuales cometidos por el imputado en perjuicio de la hija de su pareja.²⁸

De acuerdo con la reconstrucción ofrecida en el dictamen fiscal, el primer abuso había ocurrido cuando la niña tenía 10 años, ocasión en la que el imputado la llevó hasta una cama, se quitó la ropa, le pidió que lo mirara y la tocó en sus zonas íntimas. En otra oportunidad dos años más tarde, Sanelli accedió a la víctima carnalmente vía vaginal cuando ella tenía solo 12 años. Los hechos salieron a la luz cuando la niña expuso la situación ante las autoridades de la escuela, un día en que su madre y el imputado fueron a buscarla al colegio.

vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3”.

²⁷ Cf. Peñas Defago, “Estereotipos de género: la perpetuación del poder sexista en los tribunales argentinos”, en *Revista Estudios Feministas*, pp. 35-51.

²⁸ CSJN, *Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual*.

En la instancia previa, las y los jueces del Tribunal Supremo de Río Negro habían absuelto al acusado por considerar que la niña había incurrido en contradicciones y que, por tanto, su relato no era creíble. Sobre este punto en particular se había valorado que su narración había sido desinteresada, desorganizada y no había seguido una estructuración lógica. Por otra parte, los jueces evaluaron que la niña había tenido un alto rendimiento escolar y que nunca le había dicho nada al padre, a pesar de que había vivido con él aproximadamente 45 días antes de formular la denuncia a la maestra. Adicionalmente, teniendo en cuenta que la niña presentaba el desgarramiento del himen de antigua data, en la absolución se asentó que, conforme lo había alertado el peritaje ofrecido por la defensa, en el juicio nunca se le había preguntado sobre el inicio de su vida sexual activa y esta omisión generaba dudas en favor del acusado.

El dictamen del procurador general propició la revocatoria del fallo impugnado sobre la base de dos argumentos que reforzaron el testimonio de la víctima. De un lado, con cita de la decisión en el caso *VPR y VPC vs. Nicaragua* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el procurador cuestionó la pretensión de indagar sobre el pasado sexual de la niña en razón de que esta forma de razonamiento constituía: “[...] un mero estereotipo basado en el género y la edad, que además resulta contrario a la pauta internacional en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual según la cual las pruebas relativas a los antecedentes de la víctima en ese aspecto son en principio inadmisibles.”

De otro lado, en cuanto a la supuesta demora en realizar la denuncia, el procurador general repuso que el acusado le había ordenado a la niña que se callara ya que de lo contrario le arrancarían la cabeza y la matarían a palos. De esta manera, el dictamen contrarrestó el argumento del tribunal que había restado credibilidad a la declaración de la niña minimizando el miedo que la llevó a no realizar la denuncia con anterioridad.

2. Corte Suprema de Justicia Chile

El caso analizado por la Corte Suprema de Justicia de Chile se vinculaba con la condena dictada por el Tribunal de Juicio en lo Penal de Concepción, respecto de

Luis Humberto Navarrete Cartes, líder y máxima autoridad de la Iglesia Evangélica Casa del Dios Viviente.²⁹

La sentencia emitida el 11 de octubre de 2018 permite conocer que el pastor había sido condenado en primera instancia por abusos sexuales reiterados cometidos contra tres jóvenes, de entre 14 y 18 años, todas ellas pertenecientes a la congregación religiosa. Dado que en la investigación se había determinado que los abusos se habían cometido sin violencia física, el acusado cuestionó el alcance del artículo 361 2° del Código Penal, que establece que la víctima debe tener “incapacidad de oponerse”. De acuerdo con su versión de los hechos, las jóvenes no habían opuesto resistencia y tampoco habían tenido anulada su voluntad, por lo que se trataba de un supuesto de inexistencia de delito. En línea con su estrategia, el acusado sostuvo que, además de que las jóvenes no creían en las reglas impuestas por la iglesia, en algunas oportunidades habían expresado su negativa a los contactos, lo que daba cuenta de que sí eran capaces de oponerse.³⁰ En el expediente se reconstruyó que, en esta congregación evangélica, las mujeres debían pedir autorización para iniciar una relación afectiva o para casarse, no podían cortarse el pelo sin permiso, y tampoco podían usar ropa ajustada o maquillarse.

Sin mención expresa a los estereotipos y sin referencia alguna a los estándares internacionales sobre derechos humanos, la corte sostuvo:

El acusado [...] tenía, respecto de las víctimas, la “condición de pastor y guía espiritual”, estado que lo colocaba, respecto de las mismas, como líder, a consecuencia de su autoridad religiosa, generándose un vínculo de confianza que puso a las afectadas en una situación de vulnerabilidad desde que ejercía control personal y

²⁹ Corte Suprema de Chile, RUC 1400869213-1-6 RIT 108-2018.

³⁰ El artículo 361 2° del Código Penal de Chile establece que: “La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse”. La Corte de Chile saldó esta discusión de la siguiente manera: “La ley no establece directamente los límites objetivos de lo que ha de entenderse por “incapacidad para oponerse”, sin embargo, es posible concebir que su límite superior se encuentra en la incapacidad para oponer resistencia física, y en su base los casos en que la víctima ha expresado la voluntad contraria al acto sexual, pero por alguna razón fáctica no puede asentir o negar, ni tampoco oponerse. En el aspecto subjetivo, lo que se exige en el autor es el conocimiento de la situación en que se encuentra la víctima, pero no la participación en su generación o mantenimiento”.

social basado en el vínculo de espiritualidad existente, así como también en la condición de subordinación a la autoridad, explotación que le permite inhibir totalmente la oposición que pudiesen manifestar las víctimas, las cuales reúnen no sólo la condición de menores de edad, sino además y por sobretodo ser fieles de la iglesia que regentaba el acusado.³¹

Sin perjuicio de que la Corte Suprema de Chile recordó que no tenía facultades para intervenir en la valoración de la prueba, igual reforzó el análisis del contexto de los abusos. Sobre este tema, hizo expresa mención a las reglas de la congregación religiosa, en la que las mujeres debían pedir autorización para iniciar una relación afectiva o para casarse, no podían cortarse el pelo sin permiso, y tampoco podían usar ropa ajustada o maquillarse. En caso de incumplir estas indicaciones, el pastor hacía un llamado de atención individual frente a toda la comunidad.

A partir de este análisis, la corte concluyó que la interpretación del artículo 361 inc. 2º, incluía el supuesto en que la mujer ha expresado su voluntad contraria al contacto sexual, pero por alguna razón fáctica no puede asentir o negar u oponerse. Con un argumento intencionalista, el Tribunal sostuvo que el legislador de 2010 había querido eliminar del tipo penal la referencia a la incapacidad de resistencia física para incluir la ausencia de consentimiento.

3. Sala Penal de la Corte Suprema de Colombia

El primero de julio de 2020, la Sala Penal de la Corte Suprema de Colombia tuvo ocasión de expedirse sobre la incidencia de los estereotipos en la valoración de la prueba en supuestos de violencia sexual en el caso *Botello Burgos, Jeinson Enrique y otro*,³² en el que se investigaba el abuso sexual cometido contra una joven de 24 años.

La víctima, quien hacía pocos meses había culminado una relación de 8 años con el padre de sus tres hijos, había iniciado un vínculo sexo-afectivo, habitual,

³¹ Corte Suprema de Chile.

³² Corte Suprema de Colombia, Sala de Casación Penal, *Botello Burgos, Jeinson Enrique y otro*,” radicación Núm. 52897.

casual y clandestino, con Heri Fernando Burgos Mendoza a cuya casa concurren el día de los hechos, junto con la hermana, padres y ex-esposo de la víctima. En un momento de la noche, la denunciante y Burgos Mendoza se dirigieron a una de las habitaciones de la vivienda y comenzaron a tener relaciones sexuales. Al rato ingresó al lugar Jeinson Enrique Botello Burgos, un primo de Burgos Mendoza, quien primero se masturbó mirando a la pareja y luego le pidió a la víctima que tuviera relaciones sexuales con él. Ante su negativa, Botello Burgos la volteó en la cama y la penetró vaginalmente mientras Burgos Mendoza se reía y le decía que “no fuera boba” y “se dejara”.

En la instancia previa, el Tribunal Superior de Bogotá había resuelto absolver a los imputados por considerar que la Fiscalía no había demostrado que la víctima había sido sometida a violencia física o de otra índole para quebrar su voluntad ya que nadie le había impedido que se fuera del cuarto.³³ En apoyo de esta tesis, la defensa de los acusados había alegado que no se había ejercido violencia contra la víctima porque no había gritado ni pedido auxilio. Por otra parte, las y los jueces también habían argumentado que el hecho de que no hubiera denunciado lo ocurrido de inmediato era un indicio de su mendacidad. Su mentira, a decir de las y los jueces, había estado condicionada por la “desazón que le produjo el comportamiento” de Burgos Mendoza, de quien había esperado otro proceder ante el avance sexual de su primo.

En su voto la Sala Penal de la Corte Suprema de Colombia partió de la necesidad de examinar el testimonio de la víctima eliminando los estereotipos que universalizan los prejuicios machistas como si fueran criterios racionales. Con cita al caso *Espinosa González vs. Perú* de la Corte Interamericana, se señaló que en casos de violencia sexual la valoración de la prueba debe evitar afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas. En línea con estas premisas, la corte puso en evidencia que el tribunal inferior había fragmentado el relato de la víctima,

³³ El Tribunal sostuvo que la Fiscalía no “demostró que los acusados “le hubiesen impedido [...] vestirse y salir del cuarto, o retirarse [...] apartarse... del sujeto”. Tampoco reaccionó con “repulsión y reacción”, sino que “[dio] continuidad al escenario inicial, mantiene la posición originaria, lo que permite que el accionar acordado [...] se prolongue con el nuevo sujeto”.

suprimiendo aspectos relevantes del testimonio que daban cuenta de la fuerza que se había ejercido sobre ella; y por el otro, deteniéndose a valorar una situación irrelevante para los hechos juzgados como que la mujer no había expresado repulsión al ver a Burgos Botello desnudo masturbándose. En un párrafo que resumió las dos cuestiones, la Sala Penal de la Corte de Colombia concluyó que se había incurrido en un dislate jurídico:

Que (la víctima) no haya exteriorizado repulsión ante la desnudez de Botello Burgos y la manipulación de sus genitales (i) nada dice sobre si consintió o no la posterior penetración; (ii) atañe a un aspecto de su comportamiento sexual anterior al hecho investigado, que, por ende, no puede ser valorado, y; (iii) tampoco tiene que ver con la credibilidad de su testimonio ni, en particular, con la descripción que hizo del subsiguiente acto violento.³⁴

De esta manera, la corte concluyó que en la instancia previa se había intentado imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual “adecuados”, a cuyo acatamiento se condicionó la credibilidad de su declaración. Este proceder llevó a desatender aspectos claves de sus dichos como, por ejemplo, que se había opuesto al acceso carnal con una manifestación verbal y postural repetida y explícita.

4. Suprema Corte de Justicia de México

En el caso de México, el 15 de noviembre de 2017, la Corte Suprema intervino por vía de un amparo directo interpuesto por el imputado.³⁵ Los hechos que dieron origen al juicio fueron los siguientes. Después de un vínculo sentimental de dos años, se puso fin a la relación de pareja. El día de los hechos, el acusado le reclamó a la mujer encontrarse y ella accedió porque le tenía mucho miedo y temía que fuera a ingresar a su casa por la fuerza. Durante la relación, él la había intimidado diciéndole que le iba a hacer daño a ella y a su familia, y que iba a difundir los videos obtenidos cuando tenían relaciones sexuales. Una vez juntos,

³⁴ *Id.*

³⁵ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, Amparo directo de revisión 1412/2017.

blandiendo un arma de fuego, el acusado le ordenó subirse al auto, le quitó el celular y la llevó a un hotel donde la forzó a practicarle sexo oral.

Si bien en primera y segunda instancia los tribunales acogieron la versión del imputado en el sentido de que las declaraciones de la víctima eran falsas, la Segunda Sala Colegiada Penal de Toluca del Estado de México falló a favor del recurso de la víctima. Lo interesante de la resolución de la Corte Suprema es que tuvo que atender el reclamo del imputado para quien, el juicio impartido con perspectiva de género por parte de la Sala Penal de Toluca había sido contrario a su derecho a la igualdad procesal. En línea con este agravio, la cuestión de constitucionalidad que resolvió la Suprema Corte fue: ¿las y los jueces, al juzgar con perspectiva de género, deben darle un valor fundamental a la declaración de la víctima para acreditar hechos constitutivos de violencia sexual?³⁶

Su fundamentación fue acompañada con datos empíricos sobre la prevalencia de la violencia sexual en México. Con cita de los informes producidos por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía —INEGI—, la Corte recuperó que, para 2016, más de un tercio de todas las mujeres del país habían sido víctimas de violencia sexual. En concreto, destacó que entre “2010 y 2015 se registraron casi 3 millones de casos de violencia sexual, lo que equivale a 600,000 delitos sexuales anualmente y 345 casos al día, de los cuales 90% de las víctimas son mujeres y 90.5% de los agresores son hombres”. La estadística presentada tuvo como

³⁶ En otras decisiones la Suprema Corte de México había señalado que el juzgamiento con perspectiva de género exigía seguir los siguientes pasos: “i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género”. Suprema Corte de México, Amparo directo de revisión 2655/2013.

objetivo apreciar la dimensión y seriedad del problema en México y reconocer la responsabilidad que tienen los tribunales frente a estos hechos.

A partir de este reconocimiento, y con cita de los casos *Campo Algodonero vs. México*, *Fernández Ortega vs. México* y *Rosendo Cantú vs. México*, la corte reforzó la idea de que la declaración testimonial de la víctima constituye una prueba fundamental en los casos de violencia de género, una premisa clave dentro del paradigma de juzgamiento con perspectiva de género.

Si bien los hechos del caso no están descritos y es imposible reconstruir las pruebas valoradas, la corte se ocupó de destacar que la inclusión de esta perspectiva de análisis no implicaba la violación del principio de inocencia ya que la hipótesis de la acusación también tenía que cumplir con “los niveles de corroboración” que despejaron la más mínima duda razonable sobre la hipótesis de la acusación.

5. La Sala Penal transitoria de la Corte Suprema de Justicia de Perú

La Sala Penal transitoria de la Corte Suprema de Justicia de Perú se expidió sobre la necesidad de evitar el uso de estereotipos de género en el caso *R. N. Núm. 1951-2018 Loreto del 30 de septiembre de 2019*. Allí se juzgaba el hecho que había tenido como víctima a una niña quien, estando en la calle, aceptó la propuesta de un sujeto hasta entonces desconocido, Javier Ahuanari Silva, quien le ofreció trabajar al cuidado de un niño y ayudando a una señora.

Como la joven se encontraba desempleada, aceptó la oferta y decidió acompañar al imputado. Este la llevó a una zona descampada, donde le indicó que le tenía que dar todo lo que le pedía. Luego, “la sujetó del cabello y con la otra mano le bajó el short y su prenda íntima, dejándola solamente con la blusa, la obligó a echarse al suelo”. La joven ofreció resistencia, comenzó a gritar y esto generó que los pobladores del lugar corrieran en su ayuda y evitaran la agresión sexual.

La sentencia recurrida descartó la existencia del hecho debido a que la víctima no presentaba lesiones físicas. Asimismo, como parte de los fundamentos del fallo

absolutorio, el Tribunal Superior restó credibilidad a la denunciante, primero, en razón de que aceptó acompañar a un desconocido motivada por un intercambio económico y segundo, porque no concurrió a una segunda audiencia convocada por el Tribunal.

Con cita del Acuerdo Plenario 01/2016, el cual remite expresamente a las sentencias *Campo Algodonero vs. México* y *Fernández Ortega vs. México* de la Corte Interamericana, la Corte de Perú sostuvo que dicha decisión se había basado, por un lado, en la idea errónea de que una violación sexual tiene que estar acompañada de una serie de lesiones que pongan en riesgo la vida de la víctima; y por el otro, en nociones estereotipadas sobre el comportamiento de las víctimas. Sobre esta última cuestión la corte sostuvo que:

Si bien la menor agraviada aceptó acompañar al imputado hasta donde ocurrieron los hechos, sea por el motivo que fuese, dicha circunstancia no la exime de ser víctima de agresión sexual [...]; si bien la menor no concurrió a sede judicial para ratificar su declaración primigenia, ello no es razón suficiente para excluir o restarle mérito probatorio, tanto más si en dicha diligencia participó el representante del Ministerio Público; a ello se aúna que en este tipo de delitos se trata de evitar la victimización secundaria.³⁷

De esta manera, el Tribunal despejó las dudas sobre el bien jurídico protegido por estos delitos, descartó la idea de que se protege una determinada moral sexual, y aseveró que se protege la libertad de las personas de decidir libremente sobre su cuerpo.

Otro aspecto interesante del caso es que la corte reveló no solo la valoración sesgada de la prueba, sino la deficiente tarea realizada sobre su recolección. Superando un análisis limitado estrictamente a la interpretación legal, el Tribunal advirtió que en las instancias previas ni siquiera se había convocado a prestar declaración a los testigos y policías que habían auxiliado a la víctima en el momento en que fue atacada.

³⁷ Corte Suprema de Justicia de Perú, R. N. Núm. 1951-2018.

V. Razonamiento judicial sin estereotipos

Los casos presentados ponen en evidencia, por un lado, que los estereotipos de género vinculados a la violación persisten en los juicios realizados ante los tribunales de la región; y por el otro lado, que al menos las altas cortes han comenzado a revisar las interpretaciones sesgadas que reivindicaban antiguas concepciones sobre la sexualidad.

El análisis de la jurisprudencia demuestra que la forma en la que se cuestiona el uso de estereotipos discriminatorios es bastante dispar. Por ejemplo, salvo en el caso de Chile, todas las decisiones hicieron expresa mención a la necesidad de erradicarlos, poniendo en evidencia un diálogo explícito, pero inacabado con la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y una conversación implícita, pero rudimentaria, con la doctrina jurídica dedicada a la temática.³⁸

En efecto, para cuestionar los estereotipos, las cortes de Argentina, Colombia, México y Perú recurrieron a los precedentes del sistema interamericano que cuestionaron el uso de los estereotipos. Sin embargo, estos razonamientos estaban incompletos porque solo la decisión emitida por el tribunal de Colombia advirtió que ese recurso afectaba la igualdad ante la protección judicial y ninguna reparó en que también menoscababa el principio de autonomía personal. Debido a la escasa densidad analítica, no se reparó en cuál era la función específica que cumplía el estereotipo en cada caso y tampoco se desarrollaron la totalidad de consecuencias metodológicas derivadas de la cita de los precedentes interamericanos.

Aun con estas deficiencias, —salvo en el caso de México, en el cual la descripción de los hechos juzgados es bastante acotada— en las sentencias es posible reconocer cuál fue el estereotipo que la resolución criticada respaldó y cuáles fueron sus implicancias, aunque no todas señalaron el resultado discriminatorio. En efecto, a pesar de que las cortes de Argentina, Chile y Perú hicieron una exposición

³⁸ Cf. Arena, "La domesticación de los estereotipos: algunas consideraciones sobre su incidencia en el razonamiento probatorio", en *Pensar la prueba* Núm. 2, p. 36.

razonada de los hechos, solo las y los jueces de Colombia desarrollaron de manera completa las falencias del razonamiento de la instancia previa. Así señalaron, primero, cuál era el estereotipo que estaba en juego, y segundo, por qué resultaba perjudicial e inaplicable en ese supuesto individual. En cambio, en las decisiones de Argentina y Perú, las cortes narraron de manera detallada la secuencia fáctica, pero luego hicieron una mención genérica a la incorrección del uso de los estereotipos. En este contexto, la mención de los precedentes interamericanos funcionó como una suerte de talismán, en el caso de Argentina, por referencia directa; y en el caso de Perú, con remisión al Acuerdo Núm. 1-2011/CJ-116. Especialmente en el caso de Argentina, en el dictamen citado por la corte no se explicó por qué el uso del estereotipo era inapropiado y tampoco cómo pretendía remediar el perjuicio; en este sentido, no hubo una especificación clara sobre qué se había esperado de la víctima y por qué dichas expectativas resultaban ilegítimas. Finalmente, lejos de estos esfuerzos argumentativos, la corte de Chile también hizo una reconstrucción acabada de los hechos, marcó las inferencias cuestionables, pero no hizo referencia al término “estereotipos”, no citó los precedentes del sistema interamericano y tampoco llegó a la conclusión de que la argumentación utilizada había afectado el principio de igualdad y no discriminación o el derecho a la autonomía personal.

Dejando a salvo estos cuestionamientos, lo destacable de los precedentes estudiados es que, como se verá a continuación, reconocieron la ilegitimidad de ciertos razonamientos que, contruidos a partir de una sexualidad normalizada, demandan conductas que dañan la autonomía de las personas y menoscaban la protección judicial en condiciones de igualdad. En el campo jurídico, las contribuciones sugieren que los tribunales de la región están delineando nuevas formas de analizar los hechos constitutivos de violación.

VI. Desmantelando la "cultura de la violación"

En razón de que se asume que estas agresiones son protagonizadas por desconocidos, la investigación de la violencia sexual en los espacios domésticos conlleva algunos desafíos. La idea de que solo un extraño puede perpetrar una violación

estaba implícita en las resoluciones de los tribunales inferiores de Argentina, Colombia, Chile y México. En dos casos, los acusados mantenían relaciones de pareja con las víctimas, un ámbito en el cual históricamente se ha legitimado la violencia sexual; y en los dos restantes, la agresión provino del círculo íntimo de las niñas y adolescentes que denunciaron el abuso sexual infantil, una de las formas de violencia que más invisibilizada está. Superando esta preconcepción, los precedentes estudiados pusieron la lente en relaciones personales que han sido poco problematizadas en el campo del derecho penal.

El uso de la fuerza física, otro de los presupuestos tras la representación ficticia de la violación, apareció como un requisito necesario en los argumentos utilizados por las partes y los operadores de justicia en los casos de Chile y Colombia. A pesar de que las legislaciones de los dos países eliminaron de la configuración del tipo penal el requisito de la violencia material, los tribunales revisores enmendaron las interpretaciones que correlacionaron o buscaron correlacionar el delito con la falta de resistencia física de las víctimas. En el caso de Chile, la propuesta de la defensa proponía desconocer que, para someter a las jóvenes, quien detentaba el poder en la congregación religiosa había recurrido a un itinerario de estrategias de intimidación, aislamiento y control que afectaron la autonomía de las víctimas en cuestiones elementales de su vida cotidiana. Las injerencias sobre su privacidad incluían la obligación de pedir permiso para iniciar relaciones íntimas o casarse, una señal de que la libertad individual estaba restringida y su confianza para tomar las decisiones más básicas sobre su propio destino, menoscabada.

Sin lugar a duda, la violencia física puede jugar un papel en un abuso sexual, pero muchas veces la intimidación y el control tienen igual capacidad de restringir la autonomía personal. Por esa razón, generalmente las legislaciones de la región reprimen el contacto sexual no consentido y obligan a prestar atención a todos los detalles periféricos del hecho juzgado. Aún más, en el caso de Chile, la intimidación está incluida como un medio comisivo del delito, por lo que tampoco se justificaba esa propuesta de apartamiento legal. Por lo demás, los datos del contexto rescatados por la Corte Suprema mostraban que la resistencia física de las víctimas era imposible o de nula utilidad.

Paradójicamente, donde sí se hizo evidente la resistencia de la víctima fue en el caso de Perú, en el que la joven gritó al punto de que testigos ocasionales fueron en su auxilio. Sin embargo, en este supuesto, aquello que hizo escurridiza la condena no fue la ausencia de resistencia, sino que la joven desempleada había aceptado acompañar a una persona desconocida que le ofrecía un trabajo. De esta manera, la figura dogmática de la auto-posición en una situación peligrosa de la víctima se dispuso para excluir la responsabilidad del agresor en un hecho claramente doloso, en el que además, ni siquiera la joven había advertido un riesgo en su accionar.

La práctica de desconfianza a las víctimas de agresión sexual, a partir del análisis de su comportamiento “riesgoso”, también estuvo presente en los casos de Colombia y México. En el primero, la Sala Penal de la Corte desenmascaró el razonamiento del tribunal de origen con suma destreza. Sobre este caso, rondaba la idea de que las mujeres solo pueden vivir su sexualidad de una única forma legítima. La prédica de su autonomía y libertad encontraba un límite en el comportamiento de la víctima. Su insumisión sexual, reflejada en la falta de estupor frente a un desnudo masculino, alteró el juicio del tribunal inferior, quien juzgó que esa supuesta inversión de roles justificaba la falta de protección legal. Sin rodeos, la Corte de Colombia explicitó que ese razonamiento se basaba en la idea de que “una mujer que es enfrentada a un hombre que se masturba debe reaccionar con «repulsión»” y con este mandato se había intentado menoscabar la credibilidad de la denuncia.

El descrédito y la desvalorización de las denunciantes pueden canalizarse a través de preguntas irrelevantes o invasivas. En el caso argentino, la inquietud del tribunal en torno al pasado sexual de una niña de 12 años no solo resultaba inadmisibles, sino que asumía que en la legislación existía alguna forma en que una niña menor de 14 años podía haberse iniciado sexualmente sin que ello implicara haber sido víctima de una violación. Más allá de la inadmisibilidad de la indagación del pasado sexual, lo llamativo es que para el tribunal no había obstáculo alguno en la presunción de que una niña de esa edad podía haber tenido una vida sexualmente activa. Se trataba de una pregunta cuya respuesta pretendía convertirse en un castigo, en la presunción de la inexistencia de la violación.

La suposición de que las denuncias se hacen inmediatamente después del episodio fue otra preocupación en el caso argentino, en el que el suceso se mantuvo en reserva hasta el momento en que todo parecía indicar que la víctima debía ir a vivir otra vez con su agresor. Su decisión de guardar silencio por un tiempo fue valorada negativamente por el tribunal que absolvió al acusado, para quien ese lapso era un indicio de mendacidad. Lo mismo ocurrió en el precedente colombiano, en el que la joven decidió esperar unos días antes de formalizar la imputación. La descripción fáctica realizada por la corte de Colombia indica que la víctima había mantenido su relación con el acusado en reserva y sugiere que la denuncia iba a desencadenar otra serie de inconvenientes personales.

Como es sabido, el silencio ha sido instrumental para el mantenimiento de numerosas restricciones a los derechos de las mujeres.³⁹ Por ejemplo, la proscripción del sufragio o la prohibición de actuar en juicio son dos demostraciones de cómo el mutismo femenino fue funcional a su exclusión de la esfera pública. Paradójicamente, en los casos de agresiones sexuales, el silencio históricamente promovido no solo no da crédito a la denunciante, sino que le resta credibilidad. Si en la cultura de la violación, los testimonios de las mujeres carecen de valor de por sí, esa falta de crédito se acrecienta si la mujer decide hablar en forma tardía.

En contra de esta especulación, las estadísticas indican que puede llevar años alertar a las autoridades sobre la existencia de patrones de violencia sexual. En el caso de la infancia, este tiempo suele ser mayor debido a que es más difícil que se den las condiciones para realizar las denuncias. La literatura especializada enseña que en los casos de niñas y adolescentes existen aún más obstáculos que dificultan la búsqueda de apoyo y contención. Por un lado, las niñas temen que se concreten las amenazas recibidas, callan porque creen que pueden ser responsabilizadas del abuso o incluso tienen miedo de lo que pueda sucederle a su agresor. Por otro lado, en la mayoría de los incidentes, las víctimas carecen de interlocutores válidos: no tienen acceso autónomo a la autoridad policial o judicial, no cuentan

³⁹ Cf. Solnit, *La madre de todas las preguntas*, p.26.

con referentes que las contengan en las escuelas, y si se trata de abusos intrafamiliares, los vínculos afectivos suelen estar más deteriorados aún.⁴⁰

Con mayor o menor profundidad analítica, las sentencias de las altas cortes de Argentina, Chile, Colombia, México y Perú despejaron los argumentos de los tribunales inferiores que, apoyados en la cultura de la violación, brindaron un alcance limitado y discriminatorio a la autonomía y protección judicial de las afectadas.

VII. El diálogo iniciado y pendiente con la jurisprudencia interamericana

La reflexión académica en torno a los casos presentados habilita un breve regreso al debate sobre el diálogo entre los tribunales internacionales y altas cortes de la región.⁴¹ Esto es así en vista de que, salvo en el caso chileno, la tacha a los estereotipos se sujetó a la cita de la jurisprudencia interamericana cuyas decisiones en esta temática ha crecido en su contenido y prestigio.

En efecto, a pesar de que incluso el trabajo argumentativo de la Corte Interamericana aún pueda ser cuestionado, lo cierto es que sus decisiones han significado una poderosa contribución para la identificación de los estereotipos en un caso en concreto y en el contexto en el cual ocurren.⁴² Dentro del conjunto de casos relacionados con la discriminación de género, los precedentes *Campo Algodonero vs. México*, *Véliz Franco vs. Guatemala*, *Velásquez Paiz vs. Guatemala*, *Rosendo Cantú vs. México*, *Fernández Ortega vs. México*, *Gutiérrez Hernández vs. Guatemala*, *JC vs. Perú*, *Espinoza González vs Perú*, *Lopez Soto vs. Venezuela*, *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, *Guzman Albarracín vs. Ecuador* y *VRP y VPC vs.*

⁴⁰ V. Berlinberblau, “Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes: una guía para tomar acciones y proteger sus derechos”. Disponible en https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/2018-04/proteccion-AbusoSexual_contra_NNyA-2016.pdf

⁴¹ Cf. Nash y Nuñez, “Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de Justicia en Chile”, en *Estudios Constitucionales*, pp. 15-54. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v15n1/art02.pdf>

⁴² V. Boquéz Y Clérico, *op. cit.*; Fernández Valle, *op. cit.*

Nicaragua, llamaron la atención sobre los prejuicios en materia de violencia sexual contra las mujeres y cómo estos distorsionan los resultados del proceso.

En primer lugar, en cuanto al perfil de los agresores como desconocidos, en el caso *Lopez Soto vs. Venezuela*, la corte impugnó que las autoridades locales no emprendieran una investigación inmediata por creer que la denuncia respondía a un conflicto de pareja en el que no debían intervenir. Basada en la idea estereotipada de que las familias son espacios libres de violencia, la respuesta estatal privó a la víctima de una adecuada protección judicial. El mismo sesgo se registró en el caso *Veliz Franco vs. Guatemala*, en el cual el Estado reconoció que no había aplicado una medida cautelar al sospechoso porque se trataba de la pareja sentimental de la víctima, lo que frustró la continuidad de la pesquisa.

En segundo término, en relación con el ejercicio de fuerza en los hechos de violencia sexual, la Corte Interamericana analizó cómo su ausencia nada dice sobre la inexistencia del delito. Por ejemplo, en *Espinoza González vs. Perú*, la corte cuestionó que, en casos de violación, las autoridades sobrevaloraran las pericias tendientes a acreditar las huellas "físicas" de la violencia. Lo mismo sostuvo en el precedente *JC vs. Perú*, en el que remarcó que de la falta de lesiones no podía colegirse que la violación no hubiera ocurrido; y en el caso *Favela Nova Brasilia vs. Brasil*, en el que reafirmó que no todos los hechos de violencia sexual ocasionan lesiones o enfermedades verificables a través de un examen médico. En cuanto a la investigación de los rastros físicos del delito en el caso de niñas, en *VPR y VPC vs. Nicaragua*, la Corte IDH señaló que el examen ginecológico no podía ser concebido como una medida obligatoria y que la ausencia de resultados no podía servir de excusa para desacreditar la denuncia. Desde otra perspectiva de análisis, el tema también se abordó en *Guzmán Albarracín vs. Ecuador*, en el que se analizó el aprovechamiento de una relación asimétrica de poder dentro de una institución educativa. En la resolución del caso la corte visibilizó cómo determinados contextos coercitivos o de confianza facilitan la violencia sexual sin dejar huellas materiales de su producción.

Uno de los estereotipos que más ha sido cuestionado en la jurisprudencia interamericana es aquel que sostiene que el comportamiento previo de la víctima brinda

señales sobre su responsabilidad en la agresión padecida. La Corte IDH marcó la incorrección de esta suposición en el caso *Campo Algodonero vs. México* y en *Velasquez País vs. Guatemala* en tanto la mirada sobre la conducta previa de las víctimas había condicionado el inicio de las investigaciones. Lo mismo advirtió en *Gutiérrez Hernández vs. Guatemala* y en *Veliz Franco vs. Guatemala*, donde se constató que, basada en patrones socioculturales discriminatorios, la indagación sobre aspectos relativos a la sexualidad de las víctimas buscó responsabilizarlas por las agresiones sufridas. Similares apreciaciones se volcaron en *Lopez Soto vs. Venezuela*, con el agravante de que se detectó que la legislación venezolana preveía una disminución en el castigo si la víctima era trabajadora sexual. En el caso venezolano, ya la normativa misma validaba el ingreso de argumentos sobre la conducta sexual previa para limitar el alcance de la protección judicial.

Finalmente, en cuanto al tiempo y forma en el que se realizan las denuncias por violación, los casos que iniciaron el debate fueron *Rosendo Cantú vs. México* y *Fernandez Ortega vs. México*. En estos la corte remarcó que, ante la experiencia de una agresión sexual, ciertas imprecisiones en el relato de las víctimas no podían determinar una valoración negativa. Por otra parte, en los casos *Espinoza González vs. Perú* y *JC vs. Perú*,⁴³ la corte identificó los obstáculos objetivos y subjetivos que deben superar las mujeres para hacer una denuncia de violencia sexual; y en *VRP* y *VPC vs. Nicaragua*,⁴⁴ remarcó que estas barreras de índole jurídicas y económicas resultaban más intensas en el caso de las niñas.

El recorrido detallado por las decisiones del sistema interamericano reafirma que su aporte en el desmantelamiento de la cultura de la violación es rico y potente. En este sentido, parece razonable que los tribunales locales hayan recurrido a los precedentes internacionales para validar sus esfuerzos tangibles por suprimir argumentos que cercenan la protección de la autonomía sexual y el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. En la cita de los casos internacionales, la incipiente jurisprudencia de los tribunales locales no hace más que reconocer la

⁴³ Corte IDH, *J. vs. Perú*.

⁴⁴ Corte IDH, *VR.P, V.P.C. y otros vs. Nicaragua*.

fortaleza de su par regional al que, de manera dialéctica, contribuye a forjar y consolidar.

A partir de la incorporación de estas perspectivas de análisis, las cortes locales dan nuevas formas al derecho vigente y establecen márgenes más amplios para la protección de la autonomía sexual y el acceso a la justicia. Sin embargo, la mera referencia a la jurisprudencia interamericana como guía de interpretación no puede dejar de verse como una maniobra de argumentación poco sofisticada. Esto es así ya que el análisis minucioso de los casos y los precedentes citados ofrece el reflejo de un diálogo desincronizado y rudimentario. La recensión de las sentencias interamericanas muestra una mayor riqueza conceptual que aquella incorporada en las decisiones locales. En este sentido, la cita de los casos resulta un poco desfasada, no solo porque en algunos casos existían precedentes más específicos para citar, sino también porque en otros supuestos el estándar interamericano poco decía sobre el caso a resolver.

Esto ocurrió, por ejemplo, en el caso de Argentina, en el que la corte citó el caso de la Corte Interamericana *VPR y VPC vs. Nicaragua* para indicar que las pruebas sobre el pasado sexual de la víctima eran inadmisibles, cuando en el caso de la Corte IDH, el estándar establecido poco decía sobre esta cuestión. Por otra parte, en el caso de Colombia, la cita al precedente *Espinosa González vs. Perú* de la Corte Interamericana estuvo poco aprovechada ya que en esta decisión el Tribunal Interamericano dijo mucho más sobre la necesidad de evitar los estereotipos; los precedentes *JC vs. Perú* y *Favela Nova vs. Brasil* eran específicamente aplicables al caso.

En este punto, como ha sugerido Pou Giménez acuñando la idea del “formalismo mágico”, el riesgo de validar enérgicamente estos desarrollos locales es pensar que la simple invocación inespecífica de la jurisprudencia interamericana puede asegurar juicios sin estereotipos.⁴⁵ Por el contrario, juzgar un caso de violación sin caer en los mitos que sustentan su cultura no puede prescindir de los argumentos

⁴⁵ Cf. Pou Giménez, “Argumentación judicial y perspectiva de género”, en *Interpretación y argumentación jurídica en México*, pp. 123-53.

que expliquen las razones de la decisión. Por eso, para que la figura de los estereotipos no gire en el vacío, es necesario primero reconocer cuáles son los prejuicios que construyen el fenómeno a juzgar, reconstruir los hechos con precisión para identificar y problematizar las identidades en conflicto, señalar las fallas que se derivan de la indulgencia frente a generalizaciones inadecuadas y, por último, explicitar qué derechos sustantivos se han vulnerado.

La matriz conceptual y analítica aportada por la jurisprudencia interamericana es una buena base desde la cual impulsar la inclusión de criterios interpretativos respetuosos del principio de igualdad y no discriminación en las sentencias de los tribunales locales. Sin dudas, los estándares internacionales invocados han sido fundamentales en la construcción de decisiones que no solo serán marcos de referencia para futuros casos, sino que dinamizarán debates situados en cada uno de sus contextos. Desde el punto de vista regional, lo positivo es que las instituciones judiciales parecen estar reconociendo la autonomía sexual y la protección judicial. Si bien es cierto que esta nueva sensibilidad jurídica convivirá con formas más añejas de pensar la violencia sexual, esta heterogeneidad de sentidos no llega a opacar el cambio cuya proyección a futuro aún es difícil de calcular.

VIII. Conclusiones

Los sistemas de administración de justicia no están aislados del contexto socio-cultural en el que operan. Por esa razón, a la hora de juzgar los hechos de violencia sexual, sus decisiones reflejan y reproducen los sentidos que históricamente han moldeado el entendimiento sobre la autonomía sexual y la protección judicial para varones y mujeres.

A partir de esta premisa, el resultado del relevamiento de las decisiones emitidas en los últimos años por las altas cortes de Argentina, Chile, Colombia, México y Perú en materia de violencia sexual es ambivalente. Desde una perspectiva pesimista, el estudio muestra que en la región persisten nociones estereotipadas sobre la violación. En efecto, en el reverso de las sentencias estudiadas despunta el complejo entramado cultural que ha resistido las transformaciones legislativas que buscaron poner fin a miradas sexistas sobre la sexualidad femenina. Desde

otra perspectiva más optimista, el estudio revela que esa inercia interpretativa está sufriendo cambios que, aun cuando resulten incipientes o inestables, marcan la aparición de una nueva sensibilidad legal en torno a la violencia sexual.

Sin desconocer la complejidad de la temática, la amplia variación de contextos, y las múltiples fisuras que existen en la jurisprudencia de cada tribunal local, este estudio sugiere que la región latinoamericana es escenario de un debate más cuidado sobre cómo garantizar igualdad en la protección de la autonomía sexual y en el acceso a la justicia. Con un trasfondo común de prejuicios, pero con la posibilidad de regionalizar una respuesta desde el campo jurídico, a futuro, la agenda de la renovación debe estar orientada a refinar las herramientas conceptuales, analíticas y argumentativas del razonamiento judicial.

Bibliografía

Arena, FJ., "Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos", *Derecho y Control* 2, Ed. Ferreyra, Córdoba, 2019, pp. 11-44.

—————, "La domesticación de los estereotipos: algunas consideraciones sobre su incidencia en el razonamiento probatorio", en Rovatti y Limardo (dir.), *Pensar la prueba* Núm. 2, Editores del Sur, Buenos Aires, 2019.

—————, "Los estereotipos normativos en la decisión judicial", *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, núm. 29, núm. 1, 2016, pp. 51-75. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v29n1/art03.pdf>

Asensio, R., et al., *Discriminación de género en las decisiones judiciales: justicia penal y violencia de género*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2010.

Berlinberblau, V., "Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes: una guía para tomar acciones y proteger sus derechos", Buenos Aires: UNICEF, 2017. Disponible en https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/2018-04/proteccion-AbusoSexual_contra_NNyA-2016.pdf

- Burt, M., “Cultural myths and supports for rape”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 38, núm. 2, 1980, pp. 217-30.
- Borquéz N., y Clérico L., “Una vuelta de tuerca al análisis de estereotipo: estereotipo combinado”, *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, núm. 26, 2021, pp. 1-28. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/545>
- Clérico, L., “Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos”, *Revista Derechos en Acción*, vol. 5, núm. 5, 2017, pp. 211-46.
- Cook, R. J., y Cusack, S., *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Bogotá, 2010.
- Correa Florez, M.C., “Los mitos sobre la violación (Rape Myths) en la construcción y la aplicación del derecho penal”, en Alvarez Medina, S. y Bergallo, P. (coords.), *Violencias contra las mujeres: relaciones en contexto*, Didot-Red Alas, Buenos Aires, 2020.
- Di Corleto, J., “Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación”, *Nueva doctrina penal*, núm. 2, 2006, pp. 411-40.
- , “La prueba de la violencia sexual en centros penitenciarios. Notas al fallo “Rivero” de la Cámara Federal de Casación Penal”, en Rovatti y Limardo (dir.), *Pensar la prueba* Núm. 2, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, pp. 79-107.
- Di Corleto, J., y Piqué, M. L., “Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género”, en Silva, L. C. (coord.), *Género y derecho penal: homenaje al Prof. Wolfgang Schöne*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 285-307.

- Estrich, S., "Violación", en Di Corleto, J. (comp.) *Justicia, Género y Violencia*, Librería, Buenos Aires, 2010.
- Fernández Valle, M., "Las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana", en Álvarez Medina, S. y Bergallo, P. (coords.), *Violencias contra las mujeres: relaciones en contexto*, Didot-Red Alas, Buenos Aires, 2020, pp. 297-332.
- García Campos, M.F., "Complejidades del 'no es no': un análisis del stealthing como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal", *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho*, año 18, núm. 1, 2020, pp. 117-40. Disponible en https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-18-1/Revista-juridica-ano-18-N1-08.pdf
- Hercovich, I., "La violación sexual: un negocio siniestro", en Birgin, H. (comp.), *Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal*, Biblos, Buenos Aires, 2000.
- Madriz, E., *A las niñas buenas no les pasa nada malo*, Siglo XXI, México, 2001.
- Nash C., y Nuñez C., "Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de Justicia en Chile", *Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 1, 2017, pp. 15-54. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v15n1/art02.pdf>
- Peñas Defago, M. A., "Estereotipos de género: la perpetuación del poder sexista en los tribunales argentinos", *Revista Estudios Feministas*, núm. 23, 2015, pp. 35-51.
- Pou Giménez, F., "Argumentación judicial y perspectiva de género", en *Interpretación y argumentación jurídica en México*, Cruz Parceró, J.A., Contreras, R. y Leal Carretero, F. (coords.), Editorial Fontamara, México, 2014, pp. 123-53.

_____, “Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo”, en Rodríguez Garavito, C. (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 231-50.

Rodríguez, M., “Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas”, en Birgin, H. (comp.), *Las trampas del poder punitivo: el género en el derecho penal*, Biblos, Buenos Aires, 2000, pp. 139-73.

Silva, C., y Llaja, J., “La tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica”, en Di Corleto, J. (comp.), *Género y Justicia Penal*, Didot, Buenos Aires, 2017.

Solnit, R., *La madre de todas las preguntas*, Capitán Swing, Buenos Aires, 2021.

Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

V.R.P. y otros vs. Nicaragua. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018”, Serie C No. 350

Homero Flor Freire vs. Ecuador. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016”.

Ángel Alberto Duque vs. Colombia. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016”.

Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015”.

González Lluy vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

Espinoza Gonzáles vs. Perú. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014”

Véliz Franco y otros vs. Guatemala. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014,” Serie C No. 277.

J. vs. Perú. “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013”.

Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012”.

Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. “Sentencia de 27 de abril de 2012.”

Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. “Sentencia de 24 de febrero de 2012”.

Rosendo Cantú y otra vs. México. “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010”.

Fernández Ortega y otros vs. México. “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010”.

González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009”

Corte Suprema de Justicia de Argentina

Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual”, respuesta del 4 de junio de 2020.

Corte Suprema de Chile

Luis Humberto Navarrete Cartes, líder y máxima autoridad de la Iglesia Evangélica Casa del Dios Viviente. RUC 1400869213-1-6 RIT 108-2018, respuesta del 11 de octubre de 2018.

Corte Suprema de Colombia

Sala de Casación Penal, “Botello Burgos, Jeinson Enrique y otro,” radicación No. 52897, respuesta del 1 de julio de 2020.

Corte Suprema de Justicia de Perú

- R. N. Núm. 1951-2018 Loreto del 30 de septiembre de 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera Sala, Amparo directo de revisión 1412/2017, respuesta del 15 de noviembre de 2017.

Amparo directo de revisión 2655/2013, resuelto el 6 de noviembre de 2013.

Estereotipos en el ámbito laboral y de seguridad social

Francisca Pou Giménez*

Angélica Mabel Huerta Ruiz**

* Doctora y maestra en Derecho por la Universidad de Yale y licenciada en derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Investigadora titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

** Licenciada en Derecho, ITAM, México.

Estereotipos en el ámbito laboral y de seguridad social. I. Introducción; II. Estereotipos discriminatorios en las relaciones laborales formales; III. Estereotipos discriminatorios en el ámbito de las relaciones laborales no formalizadas; IV. Conclusiones.

I. Introducción

Este capítulo tiene por objeto ilustrar, mediante el análisis de una pequeña muestra de sentencias de amparo, el impacto de los estereotipos en el ámbito de las relaciones laborales y las formas típicas en las que los problemas que generan son procesados por la judicatura mexicana. Los estereotipos —descriptivos y normativos— generan problemas cotidianos de discriminación, así como violaciones a otros derechos. Los tribunales estatales y federales de México, ordinarios y de amparo, tienen una responsabilidad muy importante en su identificación y denuncia. También en la reparación de los daños que de ellos derivan y en la confección de estrategias de no repetición.

En el desarrollo de esas tareas, la ya amplia literatura jurídica y filosófica sobre el tema resulta sin duda de ayuda, pero es interesante complementarla con un análisis “anclado” que se apoye en casos y ejercicios concretos de jurisdicción. El sencillo propósito de nuestro análisis es abonar a ese objetivo. En las páginas que siguen sintetizamos casos reales judicializados que proveen ejemplos concretos de prácticas permeadas por estereotipos sobre lo que las personas son o pueden y deben hacer, presentes en la legislación laboral, familiar y de seguridad social, así como en la actuación fáctica de particulares y autoridades públicas —incluidas,

a veces, autoridades judiciales que no alcanzan a detectar plenamente los problemas constitucionales involucrados—.

Los casos que seleccionamos se sitúan en dos ámbitos. El primero es el de las relaciones laborales formales, donde identificaremos la operación de estereotipos en tres momentos: el momento precontractual, la etapa de desarrollo de la relación laboral y el momento de su terminación. Respecto del momento precontractual, nos referiremos a una importante sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN— que denuncia un caso de discriminación precontractual por edad. Para ilustrar la operación de estereotipos que permean el desarrollo de la relación laboral recuperaremos otra sentencia de la SCJN, donde se declara inválida una regulación de los beneficios de seguridad social profundamente marcada por la operación de estereotipos. Para ilustrar el impacto de los estereotipos en las controversias sobre finalización de la relación laboral analizaremos un conjunto de sentencias de amparo directo que revisan la constitucionalidad de laudos laborales que a su vez se pronuncian sobre despidos denunciados como discriminatorios por embarazo, discapacidad física, edad o seropositividad al VIH. Los conflictos que tienen que ver con despidos son los que llegan a los tribunales con mayor frecuencia. Aunque la SCJN ha emitido alguna resolución en materia de estabilidad laboral reforzada,¹ la práctica cotidiana todavía no vehicula consistentemente los criterios generales sobre prohibición de discriminación por la totalidad de factores constitucionalmente relevantes.

El segundo ámbito que abordaremos son las relaciones de trabajo que no han sido llamadas por su nombre. Se trata del trabajo productivo, reproductivo y de cuidado realizado en el contexto de relaciones familiares y afectivas. Desde el derecho, este trabajo ha sido tratado como trabajo que las mujeres se ven llamadas a donar, y que solo trasciende parcialmente a la esfera de lo visible cuando se solicita una pensión de alimentos o de viudez. En ese contexto, además, las pensiones son entendidas como recursos destinados a cubrir necesidades básicas, en lugar de recursos que responden y compensan trabajo realizado gratuitamente

¹ V. *infra*, pp. 10-17.

durante años. Se naturaliza así la idea estereotipada de que las mujeres son personas que no pueden cubrir por sí mismas sus necesidades, cuando lo que ocurre es que realizan trabajo gratuito toda la vida para solventar las necesidades de los demás, lo cual las descapitaliza para hacer frente a las suyas. Aunque la SCJN tiene una sentencia famosa que reconoce la “doble jornada” en el contexto de una relación matrimonial y a los efectos de recibir una pensión de alimentos,² la situación es muy distinta en el ámbito de las pensiones de seguridad social que se reclaman al Estado.³

En esta ocasión analizaremos reclamos de pensiones de seguridad social y alimentos en casos de convivencias afectivas múltiples, sucesivas o simultáneas, llamadas tradicionalmente en México relaciones de “concubinato”. Las sentencias ilustran las tremendas diferencias que social y jurídicamente se han hecho entre uniones matrimoniales y no matrimoniales y nos permiten reflexionar sobre los efectos distributivos sistémicos de los estereotipos negativos que han afectado a las mujeres que conviven y trabajan para hombres sin un contrato matrimonial de por medio. La legislación vigente, además, al no reconocer las uniones múltiples —y disponer que si la persona fallecida tenía dos “concubinas” ninguna de ellas es acreedora de pensión— es denigratoria de toda una categoría de relaciones y vulnera varios derechos fundamentales de sus integrantes más débiles. Aunque la SCJN ha realizado alguna reinterpretación —una de las sentencias que veremos reconoce pensión de alimentos tanto a la pareja matrimonial como a la pareja de hecho—,⁴ el avance en este ámbito es todavía muy lento y no ha alcanzado todavía el ámbito de la seguridad social.

Además de sentencias de la SCJN analizamos sentencias de un Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo, porque analizar litigio en ese nivel permite capturar con mayor detalle cómo se resuelven los asuntos más comunes. El recorrido, en cualquier caso, no busca mostrar los resultados de una revisión exhaustiva de lo que

² SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1754/2015.

³ V., en general, Diana Beatriz González Carvallo y Odette Ivonne Maldonado Bernal, *Derecho a la seguridad social. Pensión de viudez en el concubinato; y Derecho a la seguridad social. Pensión de viudez en el matrimonio*.

⁴ V. *infra*, pp. 21-24.

empíricamente ocurre en esa u otras sedes, sino que intenta sencillamente ejemplificar conflictos frecuentes de naturaleza laboral que visibilizan la persistencia de estereotipos.

En las conclusiones sintetizamos los hallazgos del ejercicio. En sede de Juntas laborales, llama la atención la persistencia de mecánicas de resolución articuladas en torno a reglas de argumentación y carga de la prueba desarrolladas dentro de las cuatro esquinas de la Ley Federal del Trabajo —LFT—, sin privilegiar el estudio de los casos desde las perspectivas que serían constitucionalmente más obvias. A nivel de Tribunal Colegiado destaca la mezcla de paradigmas, la necesidad de construir con mayor precisión aspectos de valoración y carga de la prueba, pero también el aprovechamiento de espacios legítimos de interpretación de nociones clave, que consiguen neutralizar consecuencias legales que no son armónicas con la Constitución y los tratados. A nivel de Suprema Corte, y en medio de una transformación notabilísima del derecho de familia en casi todas sus vertientes y de una jurisprudencia bastante potente en materia de igualdad y no discriminación, llama la atención la timidez con que se siguen abordando los casos que tienen que ver con aspectos del sistema de seguridad social, todavía permeada por los estereotipos prevalecientes sobre lo que son e implican las relaciones afectivas y laborales en uniones no matrimoniales.⁵

II. Estereotipos discriminatorios en las relaciones laborales formales

La formalización de las relaciones laborales en México es muy parcial, si tomamos en cuenta que las cifras oficiales reconocen que la mitad de la actividad económica es informal y que gran parte del trabajo que sostiene a personas y familias

⁵ Algunos de los numerosísimos nuevos criterios en el ámbito del derecho de familia pueden consultarse en Ana María Ibarra Olguín y Sofía Treviño Hernández, “Constitucionalización y familia en México: nuevas coordenadas”, en *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas Comparadas*. Sobre la evolución de la jurisprudencia de igualdad, V. Francisca Pou Giménez, “Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte”, en *Discriminación. Piezas para armar*; y Ana María Ibarra Olguín, Ricardo Latapie Aldana y Elena González Dávila Boy, *Igualdad y no discriminación. Género*.

no es reconocido siquiera como trabajo ni es computado ni regulado, más allá de lo que pueda compensarse excepcionalmente mediante algunas reglas de derecho familiar o de seguridad social sobre recepción de pensiones.⁶

En este apartado nos enfocamos en conflictos inscritos, por consiguiente, dentro de un limitado ámbito: el trabajo formal y legislativamente regulado. Todos ellos son conflictos laborales entre privados, no entre particulares y el Estado, aunque por supuesto también hay conflictividad a ese nivel y la SCJN ha dictado varias sentencias de referencia sobre estabilidad laboral por embarazo en casos de trabajadoras del Estado tanto de base como de confianza.⁷

1. Discriminación precontractual por edad: ADR 992/2014

En agosto y septiembre de 2007 una empresa dedicada a la administración y operación de restaurantes publicó dos ofertas de trabajo en un periódico de circulación nacional. En el primero ofrecía un puesto de recepcionista; en el segundo, uno de promotor de eventos.⁸ El primero listaba los siguientes requisitos: “Escolaridad: preparatoria o carrera técnica. Edad: 18 a 25 años. Sexo: femenino. Experiencia: 1 año en Recepción o Relaciones Públicas [sic]. Sueldo: 5000. Con excelente presentación, estatura 1.60, talla 30, disponibilidad de horario, para trabajar en zona Polanco”.⁹ La oferta para promotor de eventos buscaba “una joven alegre, vinculada a las Relaciones Públicas. Con buena presentación, le guste el medio restaurantero. Edad de 18 a 35 años. Sexo femenino. Vinculada

⁶ De acuerdo con los indicadores de ocupación y empleo publicados el 28 de septiembre de 2021 por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía —INEGI—, la tasa de informalidad en agosto de 2021 fue de 56.4 % de la población ocupada, 1.4 puntos porcentuales más que en agosto de 2020. La tasa de informalidad laboral por sexo en agosto de 2021 fue de 56.9 % en hombres y de 55.5 % en mujeres, en comparación con la tasa de 56 % en hombres y 53.3 % en mujeres en agosto de 2020. La tasa de desocupación en el mercado formal es de 4.3 % de la población económicamente activa —PEA— (4.2 % en hombres y 4.5 % en mujeres). V. INEGI, *Indicadores de ocupación y empleo. Cifras oportunas durante agosto de 2021. Comunicado de prensa núm. 544/21*. Disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/iooe/iooe2021_09.pdf, pp. 10-12.

⁷ V. Sofía Treviño Fernández e Isabel Lucía Rubio Rufino, *Estabilidad laboral en el embarazo*, pp. 45-58.

⁸ El primer anuncio también ofrecía un puesto de analista contable que no fue combatido en el litigio, razón por la cual lo dejamos de lado.

⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 992/2014, p. 2.

a ventas, organización de banquetes. Puesto por Temporada (Octubre-Enero) [sic]”.¹⁰

Con motivo de dichas publicaciones, Rebeca —de 54 años— presentó una demanda en contra de las dos convocatorias. Además, Jacinto —de 42 años— y Alejandro —de 40 años— presentaron las demandas correspondientes combatiendo la convocatoria de recepcionista.¹¹ Adicionalmente, dos asociaciones civiles dedicadas a problemas de discriminación interpusieron demandas de responsabilidad civil por daño moral.

Rebeca, Jacinto y Alejandro pidieron una indemnización por el daño moral dado que los anuncios contenían “una distinción basada en la edad que afectaba directamente sus sentimientos y afectos”,¹² mientras que las ONG alegaron que la publicación de mensajes discriminatorios “dañaba su reputación”, pues otras personas iban a pensar que no podían cumplir su objeto social, consistente en combatir, precisamente, la discriminación.¹³ El juez en materia civil declaró no probada la acción y señaló que las convocatorias simplemente fijaban un perfil de contratación, sin tener “un efecto prohibitivo” o restrictivo sobre aquellos aptos para ocupar el puesto, de manera que no existía “hecho ilícito” indemnizable.¹⁴

En apelación, ya en el 2013, las actoras reivindicaron la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, alegaron que los anuncios operaban una exclusión que afectaba su dignidad, al efectuar una distinción por razón de edad sin lógica alguna, y apuntaron que, aunque ellas no habían solicitado el empleo, los anuncios limitaban el acceso al trabajo de un grupo vulnerable, lo que constituía en sí mismo un hecho ilícito incompatible con la garantía de no discriminación y obligaba a que en estos se presumiera la actualización de un daño moral.¹⁵ Sin embargo, la Sala Civil confirmó la sentencia de instancia, señalando

¹⁰ *Ibid.*, p. 3.

¹¹ En todo el capítulo hemos sustituido los nombres reales por nombres figurados.

¹² SCJN, Primera Sala, *op. cit.*, p. 3.

¹³ *Ibid.*, p. 4.

¹⁴ *Ibid.*, p. 5.

¹⁵ *Ibid.*, p. 6.

que no podía considerarse que una convocatoria dirigida a personas indeterminadas discriminara a nadie en específico, y que para que la discriminación existiera, era necesario que dichas personas hubieran pedido el trabajo y además acreditaran que cumplieran con las otras condiciones solicitadas.¹⁶

En amparo contra la sentencia, las demandantes reiteraron sus argumentos y señalaron que no era necesario probar que cumplieran con el resto de los requisitos de la convocatoria porque la discriminación se actualizaba desde el momento mismo en que el anuncio efectuaba una exclusión injustificada. El cumplimiento de esos requisitos podría servir para cuantificar la indemnización, pero no para tener por acreditada una violación a la dignidad, que estaba ya consumada.¹⁷ En febrero de 2014, el Tribunal Colegiado les negó el amparo. A su juicio, acreditar la discriminación en términos del artículo 1º constitucional exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: que la distinción afecte la dignidad humana; que tenga como consecuencia la limitación a un derecho fundamental —al respecto, no es claro si el Colegiado entiende que esta condición se acumula a la anterior o es solo una manera distinta de referirse a ella—;¹⁸ que el trato se revele injustificado comparado con el recibido por el universo de personas que reúnen las aptitudes solicitadas en el anuncio; y que los actores satisfagan una doble carga de la prueba: solicitar el empleo o “solicitar una entrevista de trabajo” y probar que reunían todos los requisitos pedidos en la convocatoria y que estaban en igualdad de circunstancias. Al no concurrir en el caso, no podían estimarse excluidos por una causa discriminatoria y no había daño moral que resarcir en el caso.¹⁹

El asunto llegó a la SCJN en revisión. Las personas insistieron en que no necesitaban probar que reunían los demás requisitos solicitados porque lo que denunciaban era un daño en su dignidad y una exclusión, operada directamente por el anuncio, que restringía el empleo en igualdad de oportunidades a un grupo vulnerable; también subrayaron el deber de poderes públicos y particulares de eliminar

¹⁶ *Ibid.*, p. 7.

¹⁷ *Ibid.*, p. 8.

¹⁸ *Ibid.*, p. 9.

¹⁹ *Id.*

las discriminaciones.²⁰ En una resolución crucial en la evolución de los criterios de legitimación, la SCJN señaló que, para denunciar los anuncios como discriminatorios, era irrelevante si la persona había solicitado el puesto de trabajo, aunque ese elemento debía tomarse en cuenta a la hora de determinar los efectos de la sentencia.²¹ Y tras un extenso desarrollo en el que provee criterios orientadores acerca de cómo debe abordarse el estudio de alegatos de discriminación en las relaciones entre particulares²² y una igualmente exhaustiva exploración del rol de los estereotipos de edad en el mercado laboral, la SCJN identifica las muchas dimensiones en las que la estructuración de la relación de trabajo puede resultar discriminatoria²³ y desarrolla un razonamiento que desemboca en la concesión de la protección constitucional. Aplicando un escrutinio de proporcionalidad, la SCJN especifica los límites de la apelación a la “imagen corporativa” como finalidad justificativa de las exigencias y señala que, a la luz de las necesidades funcionales de la empresa, los requisitos solicitados para los puestos eran inadecuados, innecesarios y, en consecuencia, discriminatorios por razón de edad.²⁴ El amparo se concede para efecto de que se dicte nueva sentencia en la que se decrete la nulidad de las convocatorias, se analice caso por caso si procedía la indemnización por daño moral y se impongan medidas reparatorias de carácter disuasorio.²⁵

Esta sentencia es esencial para el impulso de la constitucionalización de las relaciones laborales. De entrada, permite la judicialización de problemas que han sido considerados en México anómalamente no justiciables —se trata de situaciones en las que no hay vínculo contractual entre las partes— y que, sin embargo, son absolutamente determinantes de las estructuras de oportunidad laboral y, por consiguiente, de oportunidad social en los términos más amplios, dada la centralidad del ámbito laboral en la vida de las personas. Pero además desarrolla criterios muy valiosos para la constitucionalización del mundo de las relaciones privadas,

²⁰ *Ibid.*, pp. 10-11.

²¹ *Ibid.*, p. 42.

²² *Ibid.*, pp. 18-29.

²³ *Ibid.*, pp. 29-35.

²⁴ *Ibid.*, pp. 46-52.

²⁵ En todo el capítulo, tomamos como referencia de la narración de hechos y actuaciones la que queda reflejada en las sentencias de amparo.

hace operativa la noción de estereotipo y desarrolla criterios de derecho antidiscriminatorio que son aplicables no solo a los problemas de edad, sino también a los de género, apariencia y otros.²⁶

2. Discriminación por género y condición social en las condiciones de trabajo: AD 9/2018

En enero de 1959, Rosario comenzó a trabajar como empleada doméstica para una persona. Años después las hijas de su empleadora también la contrataron para realizar labores de limpieza, entre otras. Tiempo después, cuando era ya una persona de la tercera edad, fue despedida, y en abril de 2016 interpuso demanda para denunciar su despido injustificado y solicitar el pago de indemnización constitucional, salarios caídos e inscripción retroactiva ante el Instituto Mexicano del Seguro Social —IMSS— y el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores —INFONAVIT—, entre otras prestaciones. También reclamó la determinación de las cuotas y el fincado de los capitales consultivos correspondientes.

La Junta laboral competente concluyó, sin embargo, que se había acreditado la renuncia voluntaria de Rosario a sus labores y absolvió a las demandadas del pago de algunas de las prestaciones.²⁷ Respecto de los adeudos de seguridad social, el tribunal destacó que la inscripción de trabajadores domésticos al IMSS era, conforme al artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social vigente en ese momento, voluntaria —y por la misma razón, las empleadoras no estaban obligadas a pagar la aportación al INFONAVIT—.²⁸ Inconforme, Rosario promovió

²⁶ *Ibid.*, pp. 67-68. Para un desarrollo más amplio, V. Francisca Pou Giménez, “Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral”, en *Revista Discusiones*, pp. 153-156.

²⁷ SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 9/2018 (relacionado con el Amparo Directo 8/2018), p. 7.

²⁸ Artículo 13, vigente en ese momento: “Voluntariamente podrán ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio: I. Los trabajadores en industrias familiares y los independientes, como profesionales, comerciantes en pequeño, artesanos y demás trabajadores no asalariados; II. Los trabajadores domésticos; III. Los ejidatarios, comuneros, colonos y pequeños propietarios; IV. Los patrones, personas físicas con trabajadores asegurados a su servicio y V. Los trabajadores al servicio de las administraciones públicas descentralizadas de la Federación, entidades federativas y municipios que estén excluidas o no

un juicio de amparo directo ante el Tribunal Colegiado, el cual solicitó a la SCJN que ejerciera su facultad de atracción. De este modo, fue la Segunda Sala la que acabó resolviendo el Amparo Directo 9/2018, así como un asunto similar acumulado.²⁹

La Segunda Sala consideró inconstitucional que las personas empleadoras no estuvieran obligadas a inscribir a las empleadas domésticas ante el IMSS. Además de violar el derecho a la seguridad social en igualdad de condiciones, la exclusión afectaba de manera desproporcionada a las mujeres, debido a que el trabajo de asistencia en el hogar era realizado preponderantemente por ellas, y se erigía en una instancia de discriminación indirecta por género.³⁰ La Sala destacó que el trabajo del hogar se ha desarrollado en un contexto de condiciones de trabajo inadecuadas, jornadas extensas, salarios bajos y trabajo forzoso.³¹ Aunada a estas condiciones, la ausencia de una adecuada cobertura de protección social dejaba a las trabajadoras en una situación de precariedad y olvido social que contribuía a aumentar su marginación y a mantener estereotipos y prejuicios sobre la supuesta “falta de valor” del trabajo que desempeñan, lo que menoscababa su dignidad y aumentaba las desigualdades laborales y sociales entre hombres y mujeres.³²

Lo anterior en cuanto a la inconstitucionalidad de la norma legal aplicada. En cuanto al despido en sí mismo, la SCJN lo consideró injustificado.³³ A su juicio, además de las pruebas ofrecidas —entre ellas el supuesto escrito de renuncia— debía tomarse en cuenta el grado de vulnerabilidad de la trabajadora del hogar, así como su contexto fáctico; cuando se atendía a su edad, no resultaba verosímil que Rosario hubiera renunciado a su trabajo, ni que hubiera redactado el escrito a computadora, dado que desconocía el uso de medios tecnológicos.³⁴

comprendidas en otras leyes o decretos como sujetos de seguridad social. Mediante convenio con el instituto se establecerán las modalidades y fechas de incorporación al régimen obligatorio, de los sujetos de aseguramiento comprendidos en este artículo. Dichos convenios deberán sujetarse al reglamento que al efecto expida el Ejecutivo Federal”.

²⁹ SCJN, Segunda Sala, *op. cit.*

³⁰ *Ibid.*, p. 34.

³¹ *Ibid.*, p. 36.

³² *Id.*

³³ *Ibid.*, p. 44.

³⁴ *Id.*

El amparo se concedió para el efecto de que la Junta dejara insubsistente el laudo y dictara otro que calificara de injustificado el despido y ajustara la condena respectiva.³⁵ Pero además, la SCJN pone en conocimiento del IMSS la discriminación detectada y lo insta a promover la reforma de la legislación de seguridad social para incorporar el trabajo del hogar al régimen obligatorio. Mientras la reforma legislativa se pone en marcha, ordena al IMSS implementar en un plazo breve un programa piloto que permita otorgar a las trabajadoras cobertura de seguridad social homologable a la que reciben otras personas asalariadas.³⁶

Esta sentencia representa el principio del cambio en un ámbito vergonzosamente regulado durante muchos años. La regulación declarada inconstitucional y ahora finalmente derogada es un ejemplo flagrante de estereotipación descriptiva y normativa nociva. Que la afiliación de las trabajadoras del hogar fuera voluntaria solo puede explicarse apelando a visiones falsas y prejuiciadas acerca de quiénes y cómo son estas personas y el trabajo que desempeñan —estereotipos descriptivos— y qué tipo de trato merecen —estereotipos normativos—.

La legislación al tiempo reflejaba y contribuía a perpetuar la idea de que quienes desempeñan este trabajo, por su condición económica, nivel de escolaridad, origen étnico mayoritario, residencia en lugares con altos grados de marginación y tipo de responsabilidades familiares,³⁷ no son personas “iguales” merecedoras de trato digno. Además, reforzaba explícitamente el mensaje de que el trabajo de limpieza y cuidado no es realmente trabajo, o en su caso es trabajo que no se paga, o trabajo que se paga solo de manera insuficiente y parcial. La idea fundante es que se trata de un trabajo de poco valor en condiciones que no tienen por qué cumplir

³⁵ *Ibid.*, pp. 45-52.

³⁶ El artículo 13 se reformó el 2 de julio de 2019. Su fracción II fue derogada, de manera que en estos momentos las personas trabajadoras del hogar se encuentran contempladas en la fracción IV del artículo 12, entre las personas sujetas a aseguramiento bajo el régimen obligatorio. En el capítulo XIII del Título Sexto (“Trabajos especiales”) de la LFT se encuentran reguladas diversas disposiciones aplicables a las personas trabajadoras domésticas. En el 2019 dicha ley fue reformada, añadiéndose al artículo 338 una fracción IV que contempla la obligación “especial” de los patrones de inscribir a la parte trabajadora al IMSS y pagar las cuotas correspondientes.

³⁷ V. Eugenia Beatriz Fuentes Valle y Rebelín Echeverría Echeverría, “Mujeres trabajadoras domésticas: condición indígena, identidad y derechos en México”, en *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, pp. 106-120.

los controles sociales que imponemos a las condiciones en las que se desarrollan otros trabajos. Aunque el caso se judicializa como una controversia de despido, a nuestro juicio es particularmente ilustrativa de las discriminaciones y estereotipos que permean el desarrollo de las relaciones laborales, y que no solo derivan de la actitud formal o informal de los particulares, sino que son sancionadas al más alto nivel por la normativa del Estado.

3. Discriminación en la terminación de la relación laboral

a. Discriminación por embarazo: AR 852/2017

El 16 de diciembre de 2014, Gabriela le comunicó al gerente de su trabajo que tenía malestar físico y le preguntó si podía ir al doctor, mostrándole un certificado médico de prueba de embarazo positiva. El gerente le respondió que ahí no quería mujeres embarazadas, que estaba despedida y que después pasara por su finiquito. Gabriela se retiró del lugar y, aunque regresó a solicitar el pago de su liquidación, esta no le fue entregada.³⁸

Posteriormente, la trabajadora presentó una demanda ante la Junta laboral para reclamar el pago de la indemnización constitucional, maternidad y atención médica del seguro social, entre otras prestaciones, por despido injustificado. Al contestar la demanda, sin embargo, la empresa señaló que las declaraciones eran falsas, que no hubo despido y que la trabajadora había renunciado por escrito a su trabajo el mismo 16 de diciembre de 2014, y presentó como prueba un escrito de renuncia con lo que parecía ser la huella y firma de la trabajadora.³⁹ La Junta laboral concluyó que no se había acreditado el despido injustificado y absolvió a la empresa del pago de la indemnización constitucional y otras prestaciones. A su juicio, el escrito de renuncia tenía plena eficacia probatoria: la

³⁸ Estos son los hechos conforme al relato contenido en la demanda inicial presentada por la trabajadora.

³⁹ Además, la empresa ofreció la inspección ocular de las copias simples del pago de cuotas obrero-patronales, una lista de asistencia y un informe del IMSS para acreditar que la trabajadora había sido dada de baja el 16 de diciembre de 2014 del régimen de seguridad social.

La trabajadora ofreció, por su parte, una confesional a cargo de una persona representante de la empresa demandada y dos testimoniales.

trabajadora lo había impugnado, pero las pruebas ofrecidas no conseguían desacreditarlo y demostrar el despido.⁴⁰ La Junta señaló que el pago por concepto de maternidad y atención médica era improcedente, dado que la actora estaba dada de alta ante el régimen de seguridad social y salud del IMSS.⁴¹

La trabajadora interpuso entonces una demanda de amparo directo, resuelta en abril de 2018.⁴² El Tribunal Colegiado consideró auténtico el escrito de renuncia porque se encontraba firmado y contenía la huella digital de la trabajadora, sin que esta lo hubiera objetado con éxito. Sin embargo, en suplencia de la queja advirtió que la Junta laboral no había ponderado su verosimilitud, a pesar de que la trabajadora había señalado que la habían despedido por estar embarazada, sin que la empresa lo hubiera controvertido, razón por la cual debía considerarse un hecho cierto.⁴³

Con base en artículos de la Constitución, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas —en adelante, CEDAW—,* el Tribunal determinó que la Junta había incumplido su deber de resolver el proceso laboral con perspectiva de género, soslayando que, al controvertirse el despido de una trabajadora embarazada y estar en juego una categoría sospechosa —género—, la autoridad jurisdiccional debía aplicar un escrutinio más estricto.⁴⁴ El Tribunal señaló que la decisión de extinguir una relación laboral con base en el estado de embarazo de la persona debía considerarse un acto discriminatorio. Las mujeres embarazadas merecían mayor protección del Estado que las demás personas empleadas, debido

⁴⁰ V. Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Noveno Circuito, Amparo Directo 852/2017, pp. 18-19.

⁴¹ La Junta laboral no profundizó en su razonamiento sobre estas prestaciones.

⁴² V. Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Noveno Circuito, *op. cit.*, p. 1.

⁴³ *Ibid.*, p. 66.

* Aunque en otros capítulos de este manual se ha utilizado CEDAW para referirse al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en este capítulo las autoras utilizan las mismas siglas para designar la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Estamos conscientes de que esto podría generar confusión, pero hemos decidido no modificar la forma en la que cada persona autora utiliza las siglas, y nos conformamos con establecer y subrayar la diferencia que hay en uno y otro caso [n. del corrector].

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 73-74.

a que atravesaban condiciones económicas, sociales y físicas especiales y enfrentaban necesidades cambiantes, lo cual las hacía especialmente merecedoras de conservar el empleo.⁴⁵ La sentencia obligaba a dictar un nuevo laudo que analizara con perspectiva de género si procedía conceder la indemnización solicitada, dado que la patronal no había controvertido que la trabajadora estuviera embarazada al presentar su supuesta renuncia, si existía un acto discriminatorio por esa circunstancia, y si la supuesta renuncia resultaba verosímil.⁴⁶

El criterio aquí es, por consiguiente, que cuando una trabajadora señala que ha sido víctima de un despido injustificado por razón de embarazo y el empleador no controvierte esto último, sino que se excepciona argumentando que la trabajadora renunció por así convenir a sus intereses, el empleador tiene la carga de demostrar que así fue. La Junta debe ponderar no solo la autenticidad, sino también la credibilidad de la renuncia, dadas las particularidades del asunto, al margen de que venga con firma y huella dactilar.

Algo que llama la atención en la resolución inicial del asunto es que, a pesar de que la trabajadora hace constar en su demanda que se encontraba embarazada al momento del despido y destaca en su narración de los hechos que el gerente le dijo que “ahí no quería mujeres embarazadas”, la Junta laboral omite referirse al tema. En ningún momento señala que el supuesto despido debía analizarse desde alguna perspectiva específica o debía abordarse el posible impacto del embarazo en la decisión: lo resuelve como se resuelve cualquier controversia por despido en casos en los que no está involucrado un embarazo.

En segundo lugar, la Junta se muestra ajena a la normativa constitucional y convencional que luego sí será usada por el Tribunal Colegiado y que incluye fuentes como la CEDAW, según la cual el despido por embarazo o licencia por maternidad es un acto discriminatorio que debe prohibirse;⁴⁷ la Convención de Belém do Pará, según la cual el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia incluye

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 78-81.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 89-90.

⁴⁷ V. artículo 11, numeral 2, inciso a) de la CEDAW.

el ser libre de toda forma de discriminación;⁴⁸ los artículos 1º y 4º de la Constitución Mexicana, que prohíben la discriminación por género; la fracción V del apartado A del artículo 123, que dispone expresamente que las mujeres embarazadas deben conservar el trabajo;⁴⁹ y la fracción XV del artículo 133 de la LFT vigente, que prohíbe a las personas empleadoras o a sus representantes despedir a una trabajadora o coaccionarla directa o indirectamente para renunciar por estar embarazada.

El *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, emitido por la SCJN establece que existen al menos dos estereotipos o perjuicios de género habitualmente presentes cuando se analiza la credibilidad de la renuncia de una trabajadora embarazada: el primero es la idea estereotipada de que resulta razonable que una mujer renuncie a su trabajo para dedicarse a su rol de madre y cuidadora, y el segundo consiste en considerar que las mujeres mienten y se aprovechan de su capacidad reproductiva para obtener beneficios injustificados.⁵⁰ La SCJN esclarece que el alegato de una trabajadora de haber sido despedida por estar embarazada obliga a las autoridades jurisdiccionales a examinar si existen indicios que permitan concluir que la renuncia es inverosímil y a ponderar las características particulares del caso y las condiciones personales de la trabajadora.⁵¹

En algunos casos recientes, la SCJN ha dado dientes por fin al principio de estabilidad laboral reforzada de las personas embarazadas establecido expresamente en el artículo 123 de la Constitución. Aunque durante años no quiso entrar al estudio de reclamos de despido discriminatorio por embarazo elevados por trabajadoras de confianza, alegando que eran cuestiones de legalidad y no de constitucionalidad, en la actualidad la Corte es clara en reconocer que ni las trabajadoras de base ni las de confianza al servicio del Estado pueden ser despedidas durante

⁴⁸ V. artículo 6, inciso a) de la Convención de Belém Do Pará. El Tribunal Colegiado también hizo alusión al Convenio 183 sobre la protección de la maternidad, el cual, en su artículo 8º, prohíbe el despido de una mujer embarazada. Sin embargo, se precisó que este convenio no había sido ratificado por México.

⁴⁹ Lo mismo dispone la fracción XI, inciso c, del apartado B del artículo 123 constitucional para el caso de trabajadoras al servicio del Estado.

⁵⁰ Cf. SCJN, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, pp. 187-188.

⁵¹ *Ibid.*, p. 188.

el embarazo.⁵² Por lo que hace a las trabajadoras del sector privado, en el Amparo Directo 29/2018, resuelto por la Segunda Sala de la SCJN, se establece que el ofrecimiento de trabajo de buena fe, que tradicionalmente ha implicado la reversión de la carga de la prueba a la trabajadora —quien, en esa circunstancia, debe probar que existió el despido injustificado— no se aplica en el caso de trabajadoras embarazadas.⁵³

b. Discriminación por edad: AR 1051/2016

Roberto trabajó como almacenista para una empresa constructora por más de 35 años. El 8 de abril de 2015 fue despedido. Por ello demandó a la empresa y solicitó la reinstalación o, en su caso, la indemnización que corresponde a un despido injustificado. La empresa negó el despido y refirió que Roberto había renunciado a su empleo. El argumento convenció a la Junta laboral, que absolvió a la empresa del pago de las prestaciones reclamadas.

En desacuerdo, Roberto presentó un amparo en el que destacó que tenía 64 años y había laborado por largo tiempo en la empresa, por lo que —alegó— resultaba irracional pensar que hubiese presentado su renuncia. El Tribunal Colegiado concedió la protección constitucional para efecto de que se emitiera un nuevo laudo en el que, entre otras cuestiones, se ponderara si existían indicios de un acto discriminatorio por razón de edad, y si la renuncia supuestamente presentada era verosímil.⁵⁴

El Tribunal Colegiado destacó que el trabajador era un adulto mayor —categoría sospechosa— y que existía la posibilidad de que hubiera sido víctima de una discriminación por razón de edad.⁵⁵ En esas circunstancias, señaló, la autoridad jurisdiccional debía examinar el caso bajo escrutinio estricto, con independencia de si la discriminación se planteó en la demanda, en la contestación, en otra

⁵² V. Sofia Treviño Fernández e Isabel Lucía Rubio Rufino, *op. cit.*, pp. 50-52.

⁵³ *Ibid.*, pp. 62-63. Razones similares se expresaron en la Contradicción de Tesis 422/2016, de la Segunda Sala de la SCJN.

⁵⁴ Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Noveno Circuito, Amparo Directo 1051/2016, pp. 72-73.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 57-58.

actuación procesal o si se advierte de oficio.⁵⁶ Debía valorar los hechos y pruebas desde una perspectiva de igualdad y protección especial, con el objetivo de dilucidar si resultaba creíble que el trabajador renunciara a su empleo, con las consecuencias que ello conlleva, al margen de la autenticidad o no de la firma plasmada en la renuncia.⁵⁷ Que el trabajador hubiera solicitado la reinstalación en su empleo debía ponderarse también al momento de evaluar la verosimilitud de la renuncia.⁵⁸

Como puede observarse, el criterio que se sienta es análogo al que vimos en el caso anterior de discriminación por embarazo. Cuando personas trabajadoras encuadradas en un grupo articulado en torno a una categoría sospechosa —mujer embarazada, adulto mayor— denuncian que fueron despedidas injustamente y la parte empleadora se excepciona señalando que la persona trabajadora renunció, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de examinar el asunto con escrutinio estricto con la finalidad de: 1) evaluar la verosimilitud de la renuncia a la luz de las circunstancias y particularidades del caso, aunque venga con firma y huella dactilar; y 2) ponderar la posibilidad de que el despido constituya un acto discriminatorio.

Vale la pena recordar que, en el caso del trabajador adulto mayor, el Tribunal Colegiado afirma que la discriminación se puede plantear en la demanda, en la contestación o en otra actuación procesal o de oficio. Ello resulta sin duda beneficioso para el trabajador. Si la situación se menciona en la demanda inicial, sin embargo, la parte empleadora tiene la oportunidad de referirse a ello en la contestación, mientras que si se hace en la demanda de amparo —donde no hay actividad probatoria— o se advierte de oficio, esa posibilidad es escasa.⁵⁹ ¿Deja ello al empleador en una situación excesivamente difícil cuando se le traslada la carga de probar la inexistencia de actos discriminatorios en la terminación de la relación laboral? Si se respalda una práctica seria de inversión de la carga de

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 59-60.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 68.

⁵⁹ Si el acto discriminatorio se menciona en la demanda de amparo, el tercero interesado —la patronal— únicamente puede controvertir los hechos con argumentos, pero no podría ofrecer pruebas adicionales.

la prueba cuando están en juego categorías sospechosas, seguramente estaría justificado solicitar que ello se alegue en el momento inicial de judicialización. Por descontado, dado que las personas que enfrentan estos problemas están con frecuencia en situación de desventaja en cuanto a acceso a la justicia y conocimiento de los derechos que las amparan, la autoridad jurisdiccional debería preocuparse por esclarecer estas circunstancias al momento de recibir la demanda.

c. Discriminación por seropositividad al VIH: AD 936/2018

En julio del 2015 Mauricio comenzó a trabajar en una tienda departamental en la que se dedicaba a la atención a clientes, recibo de mercancía y cobro, entre otras funciones. La empresa exigía a su personal que se sometiera a exámenes periódicos de laboratorio. Cuando uno de esos estudios reflejó que Mauricio era seropositivo al VIH, sus superiores comenzaron a tratarlo de manera distante, diferenciada y humillante. Tiempo después lo sometieron a un proceso de evaluación en el que fue calificado como “no apto para el puesto”, y fue despedido.⁶⁰

El trabajador demandó en la vía laboral el pago de indemnización constitucional y las otras prestaciones que se anudan a un despido injustificado. Además, solicitó una indemnización por reparación de daño moral por haber sido víctima de actos discriminatorios.⁶¹ La empresa, sin embargo, negó el despido y aseguró que, aunque solicitaba que sus trabajadores se practicaran reconocimientos médicos, se había enterado de la condición del trabajador en una fecha posterior al supuesto despido. También negó haberlo tratado de manera discriminatoria o humillante y le hizo una oferta de reinstalación, la cual fue rechazada por este.⁶² La Junta laboral consideró que el despido era efectivamente injustificado y condenó a la empresa empleadora al pago de distintas prestaciones. En su razonamiento advirtió que la oferta de reinstalación era de mala fe, pues el horario ofertado excedía la jornada legal, y señaló que la empresa no había ofrecido pruebas que sustentaran

⁶⁰ Los hechos se desprenden de la narración del trabajador en su escrito de demanda inicial.

⁶¹ Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Noveno Circuito, Amparo Directo 936/2018, pp. 7-9.

⁶² *Ibid.*, p. 10.

la inexistencia del despido.⁶³ No se pronunció sin embargo sobre los posibles actos discriminatorios ni sobre la condición de salud del trabajador como motivo de la terminación de la relación laboral.

La empresa interpuso entonces un amparo, a lo que el trabajador reaccionó presentando un amparo adhesivo donde, entre otras cuestiones, recalca que no se trataba de un simple despido, sino de un despido basado en un acto discriminatorio, y que la Junta laboral no se había pronunciado sobre la medida de reparación solicitada ni había basado su decisión en instrumentos internacionales ni en el control de convencionalidad. El trabajador también expresó que había solicitado a la Junta el dictado de una medida precautoria que impidiera a la empresa darlo de baja ante el IMSS —donde recibía los antirretrovirales necesarios por su condición—, y que no se la habían concedido.⁶⁴

El Tribunal Colegiado negó el amparo a la empresa. Le pareció que la oferta de trabajo debía considerarse de mala fe —aunque por motivos distintos a los señalados por la Junta— y declaró que la empresa tenía la carga de desvirtuar el despido alegado, lo cual no hizo.⁶⁵ A continuación, declaró sin materia el amparo adhesivo. Aunque reconoció que desde el principio el trabajador había señalado que su despido estaba ligado a su seropositividad y la Junta laboral había omitido pronunciarse sobre ello, dicha omisión no le generaba ningún agravio. Además, el asunto de la indemnización por el daño provocado por la discriminación no podía estudiarse en un amparo adhesivo, por su naturaleza y fines.⁶⁶

Una vez más, nos encontramos con el caso de un trabajador que señala que el despido encuentra origen en un acto discriminatorio, en esta ocasión por su condición de seropositividad al VIH, algo cuya repercusión en el contexto laboral

⁶³ *Ibid.*, p. 20.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 34-48.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 79-83.

⁶⁶ Conforme al artículo 182 de la Ley de Amparo, el amparo adhesivo tiene por objeto fortalecer las consideraciones de la sentencia, laudo o resolución que pongan fin al juicio y el examen, en caso de la concesión del asunto en el amparo principal, de las violaciones procesales que hubiesen trascendido al resultado del fallo.

fue explorada tempranamente por la SCJN en las famosas sentencias de militares con VIH.⁶⁷ Estos amparos fueron interpuestos por militares que fueron declarados “inútiles para el servicio” por ser seropositivos al VIH. En esas sentencias la SCJN deja claro lo perjudicado de pensar que la seropositividad, que cuando la persona toma medicamentos antirretrovirales permite vivir en condiciones de salud análogas a quienes son seronegativos al VIH, impide el cumplimiento de las finalidades del Ejército, por lo que declaró discriminatoria —por inadecuada, innecesaria y desproporcionada— la exclusión categorial de esas personas del activo del Ejército.⁶⁸ Debido a que una persona seropositiva que toma antirretrovirales mantiene intactos sus niveles de defensas, en realidad no tendría siquiera por qué ser considerada discriminación por motivos de salud, aunque es habitual hacerlo porque ello recoge, además, la percepción social.⁶⁹ Pero el acceso a medicinas y atención médica —crucialmente en juego cuando las personas pierden la afiliación a la seguridad social al ser expulsadas de sus trabajos—es imprescindible, para evitar el desarrollo del síndrome de la inmunodeficiencia humana, que sí afecta a la salud.

En esta ocasión, tanto la Junta laboral como el Tribunal Colegiado detectan un despido injustificado, pero en ningún momento estudian si la empresa ha discriminado al trabajador ni analizan el estado de vulnerabilidad que le genera no poder acceder a las prestaciones de seguridad social como consecuencia de la terminación de la relación laboral. Es verdad que, en el amparo principal, el Tribunal Colegiado debía examinar los argumentos elevados por la empresa inconforme y no la discriminación alegada por el trabajador. Sin embargo, las características del asunto invitaban a una discusión importante sobre la discriminación laboral por seropositividad y sobre las repercusiones que tiene un despido injustificado que deja al trabajador sin seguridad social —y, por tanto, sin medicinas—. A la condena de la patronal se llega de todas maneras, puesto que no aportó pruebas

⁶⁷ Al respecto, V. los amparos en revisión 510/2004, 1185/2004, 196/2005, 259/2005, 1015/2005, 1666/2005, 2146/2005, 810/2006, 1200/2006, 1285/2006, 1659/2006, 307/2007 y 515/2007. Para un análisis más detallado, V. Francisca Pou Giménez, “Los casos de militares con VIH: el impacto del conocimiento médico en el análisis constitucional sobre discriminación”, en *Gaceta Médica de México*, pp. 194-200.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 195-198.

⁶⁹ V. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Serie C-298 —asociando la discriminación por seropositividad al VIH a la discriminación por condiciones de salud—.

para demostrar que no había despedido al trabajador, pero haber dado relevancia al contexto existente de discriminación laboral por condiciones de salud hubiera llevado a desplegar un razonamiento distinto.

Ni la Junta y ni el Colegiado recurren al abanico de normativa que se refiere a la discriminación por seropositividad. La Organización Internacional del Trabajo —OIT— ha establecido que cuando los tratados no prohíben expresamente la discriminación “por condición de salud”, pero la prohíben “por cualquier otra condición social”, las condiciones de salud, incluyendo el VIH y el sida, quedan cubiertas.⁷⁰ El Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) obliga a los Estados parte a promover la igualdad de oportunidades y el trato en materia de empleo y ocupación con el objetivo de eliminar los actos discriminatorios en el trabajo.⁷¹ Además, la Recomendación 200 sobre el VIH y el Sida de la OIT recuerda la prohibición de discriminación o estigmatización contra las personas trabajadoras o solicitantes de empleo por su estado serológico, real o supuesto, y especifica que no debe exigirse a estas personas que se sometan a una prueba de detección del virus ni que revelen su estado serológico.⁷²

En el ámbito nacional la discriminación por “las condiciones de salud” o “cualquier otra que atente contra la dignidad humana también está prohibida.⁷³ El *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género* de la SCJN recomienda a las personas juezas estar atentas a elementos que puedan mostrar que las empleadoras conocían la identidad de género, orientación sexual o estado de salud —incluyendo el VIH— de

⁷⁰ Cf. OIT, *El VIH y el sida y los derechos laborales: Un manual para jueces y profesionales del derecho*, p. 25. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documentas/publication/wcms_455285.pdf.

⁷¹ V. artículos 1º y 2º del Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958 (núm. 111).

⁷² Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación 200. Recomendación sobre el VIH y el Sida y el Mundo del Trabajo, pp. 4-8. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_142615.pdf.

⁷³ Artículo 1º, último párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

las personas trabajadoras, con el objetivo de detectar prácticas discriminatorias en despidos u otro tipo de situaciones.⁷⁴ También advierte sobre prácticas de discriminación indirecta, pues el despido de personas seropositivas puede ser, además de discriminación por salud, discriminación indirecta por orientación sexual o identidad de género.⁷⁵

La persistencia de la discriminación contra personas seropositivas está acreditada. El Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación —CONAPRED— ha destacado que, estereotipada y prejuiciadamente, la población sigue considerando que dicho virus es de fácil transmisión y que las personas que lo portan implican un riesgo, lo cual genera tratos discriminatorios en ámbitos como los centros laborales. En varias resoluciones el CONAPRED ha determinado que la aplicación de pruebas de detección de VIH a las personas trabajadoras es discriminatoria, pues restringe el derecho al trabajo por una condición que no necesariamente repercute en el desempeño laboral.⁷⁶

d) Discriminación por discapacidad auditiva: AD 937/2019

Sofía trabajaba en una tienda de disfraces como costurera, hasta que el 30 de noviembre de 2017 fue despedida, con el argumento de que, a la vista de lo que constaba en un dictamen médico, ya no podía laborar. La empleadora le dijo que se comunicara más adelante para recibir su finiquito.⁷⁷

La trabajadora consideró injustificado el despido y demandó el pago de la indemnización constitucional y las otras prestaciones asociadas a este. En su escrito de demanda precisó que tenía una discapacidad auditiva y se encontraba “casi total-

⁷⁴ SCJN, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género*, p. 86. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/registro/formulario/protocolo-orientacion-sexual>. En este tipo de asuntos, se insta a que las y los jueces procedan de la misma manera que cuando una mujer embarazada revela su estado de gravidez en el trabajo y se presume que la presentación de una renuncia resulta “sospechoso.”

⁷⁵ *Ibid.*, p. 87.

⁷⁶ CONAPRED, *Ficha temática. Personas que viven con VIH*, p. 3. Disponible en <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Ficha%20VIH%281%29.pdf>.

⁷⁷ Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Noveno Circuito, Amparo Directo 937/2019, pp. 5-6.

mente sorda”. No obstante, señaló, la relación laboral siempre se había desarrollado de manera normal, pues sabía leer los labios y comunicarse de otras formas. Además, manifestó que meses antes de ser despedida había estado ausente de su trabajo por una incapacidad médica. Dado que el IMSS no le había emitido el certificado correspondiente, su empleadora le había solicitado que mientras tanto se presentara a trabajar.⁷⁸ Al contestar la demanda, la empleadora negó haber despedido a la trabajadora y ofreció reinstalarla en el empleo. Señaló que la relación laboral había durado algo más de 18 años y que la trabajadora había renunciado verbalmente ese 30 de noviembre de 2017.⁷⁹

Después de valorar las pruebas y analizar el caso, la Junta laboral no consideró demostrado el despido injustificado y absolvió a la demandada de las prestaciones reclamadas.⁸⁰ A su juicio, el ofrecimiento de trabajo debía considerarse de buena fe, lo cual operaba la reversión de la carga probatoria y obligaba a la actora a acreditar el despido injustificado, lo cual no había ocurrido.⁸¹

Inconforme, la trabajadora promovió amparo directo.⁸² El Tribunal le concedió la protección solicitada al considerar que la Junta laboral había faltado al principio de exhaustividad por no haberse pronunciado respecto de la responsabilidad de todas las partes demandadas,⁸³ pero confirmó que la empresa sí había logrado desvirtuar la existencia de un despido injustificado, a pesar de que la trabajadora decía que existía y se debía a motivos de salud.⁸⁴ ¿Qué es lo que convence al Colegiado? Una prueba confesional aportada por la empresa. En este documento se le solicita a la trabajadora que se pronuncie sobre una serie de cuestiones: “Que usted jamás ha sido despedida de sus labores por parte de mi representada”, “Que con fecha 30 de noviembre de 2017 usted renunció voluntariamente para

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 6-7.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 7-8.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 8-9.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 13-17.

⁸² *Id.*

⁸³ *Ibid.*, pp. 38-42. La trabajadora demandó a una persona física, a la persona moral en donde laboraba y a quien resultara responsable de la fuente de trabajo, y la Junta laboral limitó la litis a la persona física, sin pronunciarse respecto de la persona moral ni de la responsable de la fuente de trabajo.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 26-28.

mi representada” y “Que la renuncia citada anteriormente fue verbal”. La trabajadora no acudió a desahogar la prueba y se la tuvo por confesa respecto de todas esas afirmaciones. Sobre esta base, y dado que no había controvertido la confesión ficta con ninguna otra prueba, el Tribunal considera probado que la trabajadora reconoce que no fue despedida, sino que renunció el 30 de noviembre de 2017.⁸⁵

Son varias las preguntas que genera esta determinación. ¿Era la ausencia de la trabajadora en el desahogo de la prueba motivo suficiente para desvirtuar el despido? ¿Debe la confesión ficta tener los mismos efectos cuando se trata de personas que tienen algún tipo de discapacidad, incluyendo la auditiva? ¿Las reglas de valoración probatoria deben operar de “manera tradicional” cuando se trata de hechos que perjudican a una persona en situación de vulnerabilidad que denuncia discriminación por motivos de salud?

La SCJN tiene sentencias muy conocidas y relevantes sobre el paradigma social de la discapacidad y ha destacado el compromiso de la normatividad vigente por la maximización de la autonomía de las personas.⁸⁶ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluye entre los factores que con frecuencia impiden la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, la discapacidad sensorial, que a su vez incluye la visual y la auditiva —la pérdida o disminución de la capacidad de oír—. ⁸⁷ La Convención considera discriminatoria “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos”.⁸⁸ La Constitución mexicana prohíbe expresamente la discriminación por discapacidad, como lo hacen la Ley General para la Inclusión

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ Al respecto, *V.* los amparos en revisión 410/2012, 159/2013, 1043/2015 y 1368/2015, así como el Amparo Directo en Revisión 2805/2014, todos resueltos por la Primera Sala de la SCJN.

⁸⁷ Adecco, *Guía para la incorporación laboral de personas con discapacidad*. Disponible en https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/ADECCO_GUIA_inclusion_laboral.pdf.

⁸⁸ *V.* los artículos 1º, 2º cuarto párrafo, 3º inciso b), 4º punto uno y 5º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

de las Personas con Discapacidad —LGIPD— y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación —LFPED—. ⁸⁹

La SCJN se ha referido también, por otro lado, en un caso que concernía a condiciones de salud y discapacidad, al concepto de *estabilidad laboral reforzada*, conforme al cual algunas personas gozan de especial protección respecto de la conservación de su empleo por la vulnerabilidad en la que se encuentran. ⁹⁰ Un despido trae aparejada una presunción de discriminación que pone en hombros de la parte empleadora una carga argumentativa y probatoria mayor, pues deberá mostrar de manera razonable y suficiente que la separación del empleo no se debió a la situación de discapacidad de la persona trabajadora. ⁹¹ La SCJN ha dicho, sin embargo, que no es suficiente el mero hecho de la presencia de una enfermedad o discapacidad en la persona con quien se mantenía una relación laboral, sino que debe existir un nexo de causalidad probado entre la condición de vulnerabilidad manifiesta por la discapacidad y la separación laboral. ⁹²

En el caso en análisis, la trabajadora mencionó haber sido despedida por “motivos de salud”, situación que fue reconocida por el Tribunal Colegiado. También señaló que tenía una discapacidad auditiva, pero ni la Junta laboral ni el Tribunal Colegiado se pronunciaron sobre esta circunstancia, como hubiera correspondido. Además, se trasladó a la trabajadora la carga de demostrar que el despido era injustificado, carga que no se consideró satisfecha sobre la base de una confesión ficta. Conforme a la doctrina constitucional aplicable, debía exigirse una carga argumentativa y probatoria mayor sobre la parte empleadora debido a las características del caso. Las personas en su situación se benefician del principio de estabilidad laboral reforzada que genera una presunción de discriminación que

⁸⁹ El último párrafo del artículo 1º de la Constitución mexicana establece: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las *discapacidades*, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. V., además, el artículo 4º de la LGIPD y los artículos 1º, fracción III, y 4º de la LFPED.

⁹⁰ SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 3708/2016, p. 57.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Ibid.*, p. 58.

obliga a las empresas a probar que el despido está justificado. Lejos de ello, en el caso se revierte la carga de la prueba a la trabajadora y en la valoración de la prueba no se considera que a favor de la empresa se cuenta únicamente una confesión ficta, insuficiente para desvirtuar el despido injustificado.

III. Estereotipos discriminatorios en el ámbito de las relaciones laborales no formalizadas

A continuación, analizamos resoluciones relacionadas con el acceso a las prestaciones de seguridad social por parte de personas en convivencia afectiva con un trabajador. En los casos en que se presentan, más de una persona en pareja matrimonial o no matrimonial con un trabajador reivindica su derecho a una pensión. El objetivo del apartado será arrojar luz sobre la problemática que enfrentan en estos casos las personas convivientes no matrimoniales, tanto por los estereotipos que persisten sobre su condición como por la falta de reconocimiento como “trabajo” del trabajo que gratuitamente desempeñan en beneficio de otras personas.

1. Dualidad de convivencias sin pensión: AR 404/2018

El 21 de julio de 2017, Valentina solicitó una pensión de viudez ante el IMSS por el fallecimiento de su conviviente. Días después, una de las subdelegaciones del mencionado instituto declaró improcedente el otorgamiento, dado que otra persona había acreditado la existencia de una relación con el fallecido, con quien tenía un hijo en común. Se consideró aplicable el artículo 72 de la abrogada Ley del Seguro Social —LSS— de 1973.⁹³ Valentina interpuso un recurso de inconformidad, pero el Consejo Consultivo del IMSS Delegación Norte en la Ciudad de México lo consideró infundado.⁹⁴

⁹³ “Artículo 72. Solo a falta de esposa tendrá derecho a recibir la pensión señalada en la fracción II del artículo anterior, la mujer con quien el asegurado vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado tenía varias concubinas, ninguna de ellas gozará de pensión.”

⁹⁴ Cf. SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 404/2018, pp. 4-6.

La afectada promovió entonces un juicio de amparo indirecto denunciando la inconstitucionalidad del artículo 130 de la LSS vigente, del artículo 72 de la abrogada LSS de 1973 y de la resolución que le negaba la pensión de viudez.⁹⁵ El juez de distrito sobreseyó en parte el juicio, pero le concedió el amparo frente al artículo 72 y sus actos de aplicación.⁹⁶ A su juicio, el precepto no incurría en discriminación porque no colocaba a la quejosa en una situación de desventaja en comparación con otras en situación análoga o similar, pero transgredía el derecho a la seguridad social tutelado por el artículo 123, apartado A, fracción XXIX, cuya finalidad es garantizar la protección de la salud y los medios de subsistencia y servicios sociales necesarios para procurar el bienestar individual y colectivo.⁹⁷ La Secretaría del Trabajo interpuso revisión y señaló que la disposición no resultaba contraria al derecho a la seguridad social.⁹⁸ El Tribunal Colegiado que conoció del asunto reservó jurisdicción a la SCJN para que esta se pronunciara sobre el estatus del artículo 72 de la LSS.⁹⁹

La Segunda Sala consideró jurídicamente imposible aceptar que una persona pueda sostener al mismo tiempo dos o más relaciones de convivencia permanente. La Sala señala que la legislación civil y familiar excluye la pluralidad de relaciones de concubinato porque esta institución, por su naturaleza y fines, solo puede entenderse en un contexto monogámico.¹⁰⁰ Además, considera que solicitar que el asegurado no tenga varias concubinas al morir como condición para que estas reciban una pensión es adecuada al derecho a la protección de la familia tutelado por el artículo 4º constitucional.¹⁰¹ A su juicio, dicha pensión tiene como objeto

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 5-6.

⁹⁶ Se concedió el amparo para el efecto de que el Consejo Consultivo de la Delegación Norte de la Ciudad de México del IMSS dejara sin efectos la resolución y el oficio precisados, y emitiera otra determinación en la que prescindiera de aplicar el artículo 72 de la abrogada LSS.

⁹⁷ SCJN, Segunda Sala, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁹⁸ Por conducto del director de lo Contencioso de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, en ausencia del titular del ramo, de los subsecretarios del Trabajo, de Empleo y Productividad Laboral y de Previsión Social, del oficial mayor y del director general de Asuntos Jurídicos. V SCJN, Segunda Sala, *op. cit.*, pp. 8-10.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 18. De esa manera, se hizo referencia al Código Civil para el Distrito Federal, Aguascalientes y Quintana Roo.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 19.

garantizar la subsistencia de la persona con quien el asegurado vivía al momento de fallecer como si fuese su cónyuge, no de cualquier persona con la que hubiera tenido una relación de pareja, aunque hubiesen vivido juntos por algún tiempo o tuvieran hijas o hijos en común.¹⁰² Para la Corte el precepto tampoco contraviene el derecho a la seguridad social previsto en el artículo 123 de la Constitución, pues atiende a un fin constitucionalmente válido y no constituye una sanción.¹⁰³ La Corte concedió el amparo para efectos menores que no cuestionan la normativa aplicable.¹⁰⁴

La primera perplejidad que genera la sentencia es que la Corte declare que “el concubinato solo puede entenderse en un contexto monogámico” y estime que ello no vulnera el mandato constitucional de protección de la familia. La Corte ha reiterado en diversas ocasiones que la protección de la familia ordenada por el artículo 4º no alcanza únicamente a la familia nuclear vinculada al matrimonio —padre, madre y descendientes biológicos—, sino a la familia entendida como realidad social, cubriendo todas las formas y manifestaciones familiares existentes en la sociedad: familias nucleares articuladas en torno a un matrimonio o a uniones de hecho, familias monoparentales, familias extensas o consanguíneas que se extienden a varias generaciones y familias homoparentales conformadas por padres del mismo sexo con hijos o sin ellos.¹⁰⁵ Al definir la naturaleza y fines de la institución en otras ocasiones, la Corte misma la conceptualizó como una relación de hecho caracterizada por la ausencia de formalidades y de manifestación expresa de la voluntad,¹⁰⁶ entre cuyos fines se encuentra la protección de la familia.¹⁰⁷

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ El amparo se concedió para el efecto de que el IMSS dejara insubsistente su resolución y emitiera otra en la que se pronunciara considerando que: 1) para demostrar la calidad de “concubina” era necesario comprobar que las personas habían vivido juntas como cónyuges hasta la fecha del deceso del pensionado o asegurado durante al menos cinco años —o por un plazo menor si tenían hijos en común— y habían permanecido libres de matrimonio en ese lapso; y 2) la existencia de varias “concubinas” como supuesto para negar la pensión de viudez solo puede estimarse actualizada cuando dos o más personas acreditan su relación de concubinato con el mismo asegurado (*V. ibid.*, p. 26).

¹⁰⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1184/2015, p. 24.

¹⁰⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 597/2014, p. 25.

¹⁰⁷ V. SCJN, Primera Sala, Tesis aislada, registro 2007804, de rubro “Sociedad de convivencia, matrimonio y concubinato. El hecho de que constituyan instituciones similares cuya finalidad es proteger a la familia, no implica que deban regularse idénticamente”, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, p. 620.

Sin embargo, la normativa de la seguridad social desprotege a un tipo de familia derivada de vinculaciones que existen en el país.

En segundo lugar, excluir de manera automática a las convivientes permanentes del goce de la pensión de viudez por existir reclamación de más de una persona deja gravemente comprometidos los derechos y el bienestar de las afectadas —entre ellos, como destacó el juez de distrito, el derecho a la seguridad social—, quienes, de manera frecuente, dependen económicamente de la persona con quien mantienen una relación de concubinato. Esta situación se convierte en una especie de sanción que afecta de manera preponderante a las mujeres, pues son ellas quienes se ven inmersas con mayor frecuencia en un esquema de múltiples relaciones con el mismo hombre —el precepto normativo analizado llega al extremo de utilizar un lenguaje expresamente sexuado al establecer que “si al morir el asegurado tenía varias concubinas, ninguna de ellas gozará de pensión”—.

Ciertamente, la legislación no reconoce tampoco la posibilidad de mantener una relación bigama o polígama. Los códigos penales de 28 Estados tipifican el delito de bigamia, que se actualiza cuando una persona que tiene una relación de matrimonio contrae otra del mismo tipo, sin que se haya disuelto o declarado nula la anterior.¹⁰⁸ En algunos de esos estados también se contempla el delito de “matrimonios ilegales”, el cual se actualiza cuando una persona, fuera del caso de bigamia, contrae matrimonio con conocimiento de la existencia de un impedimento.¹⁰⁹ También la Observación General Núm. 28 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres, establece que la

¹⁰⁸ Se trata de los códigos de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Coahuila, Chiapas, Chihuahua, Durango, Ciudad de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas. La bigamia también está incluida en el Código Penal Federal (artículo 279).

¹⁰⁹ Los estados son Querétaro, San Luis Potosí, Tabasco y Veracruz. Los impedimentos matrimoniales son situaciones que prohíben contraer matrimonio en ciertos casos. Aunque se regulan de manera distinta dependiendo de la legislación civil de cada Estado, el artículo 156 del Código Civil Federal se refiere a la falta de edad requerida por ley, el parentesco por afinidad en línea recta, el parentesco por consanguinidad, el adulterio, la fuerza o miedo grave, la impotencia incurable para la cópula, las enfermedades crónicas e incurables que sean contagiosas o hereditarias, entre otros.

poligamia atenta contra la dignidad de la mujer y constituye un acto de discriminación que debe ser abolido donde aún exista y se encuentre reconocido.¹¹⁰

Por descontado, el debate sobre cómo deben entenderse y regularse las relaciones afectivas-productivas múltiples es complejo y excede el ámbito del presente análisis. Lo relevante ahora es denunciar lo indisputablemente drástico, desproporcionado e injusto de una “solución” consistente en negar por completo los recursos a la totalidad de personas involucradas. La legislación parece partir de la premisa de que no importa demasiado cómo el derecho trate a las convivientes de hecho —casi todas mujeres—. Su tenor casi sancionador tiene resabios de legislación “de autor” que en los hechos trata a una categoría entera de personas como indeseable y libremente expropiable. La profundidad de los estereotipos sobre las relaciones familiares, afectivas y económicas que siguen operando en estos casos, con certificación jurídica oficial, resulta escalofriante.

2. Dualidad de convivencias con dos pensiones, si una es matrimonial: ADR 3727/2018

Aunque en esta sentencia no abordó un tema de seguridad social, sino la concesión de alimentos entre particulares, hay referencias a la coexistencia de una relación de “concubinato” con una matrimonial que resultan interesantes en el contexto de nuestra pesquisa.

A raíz de la relación de convivencia que había mantenido con Luis durante 12 años, Andrea inició un juicio de controversia familiar y solicitó el pago de una pensión alimenticia. Luis alegó que no existía relación de concubinato y manifestó que Andrea no estaba legitimada para demandar una pensión de alimentos. Además, consideraba que no era acreedora alimentaria porque, al tener un trabajo remunerado, podía solventar sola sus necesidades. El juez competente aceptó el alegato y concluyó que Andrea no tenía legitimación para solicitar la pensión mencionada.¹¹¹

¹¹⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General Núm. 28, punto 24.

¹¹¹ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3727/2018, p. 2.

Andrea interpuso apelación, pero la sentencia fue confirmada por el Tribunal, que estimó no comprobados los requisitos que exige el artículo 65 del Código Familiar para el Estado de Morelos para demostrar la existencia del concubinato, porque Luis se encontraba unido en matrimonio civil con otra persona.¹¹² Andrea promovió entonces un juicio de amparo directo en el que alegó que el artículo 65 era inconstitucional e inconveniente por ser contrario a los derechos a la dignidad humana, a la no discriminación, a la igualdad y al mínimo vital. Al condicionar la existencia del concubinato a que ambos concubinos estuvieran libres de matrimonio o no tuviesen impedimento para contraerlo, establecía un trato desigual entre la mujer casada civilmente y la que no lo estaba, sobre la base de premisas discriminatorias y en desuso.¹¹³ La legislación dividía a las mujeres, según su estado civil marital o extramarital, en personas de primera y segunda clase, limitando el derecho de las segundas a recibir alimentos.¹¹⁴ Los requisitos del artículo 65 eran contrarios a la protección de la familia y desconocían el estatus constitucional de las mujeres que no cuentan con un matrimonio formal.¹¹⁵

El Tribunal Colegiado, sin embargo, negó el amparo. A su juicio, el artículo no vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación y generaba certeza jurídica a la institución del matrimonio y del concubinato, evitando la duplicidad de condiciones en una misma persona.¹¹⁶ Inconforme, Andrea interpuso un recurso de revisión, y la Primera Sala de la SCJN por fin le dio la razón, declarando inconstitucional la porción del artículo 65 que señala: “ambos libres de matrimonio y sin impedimento para contraerlo”.¹¹⁷

La Primera Sala señala que exigir un estado civil —estar libres de matrimonio— a los integrantes de la pareja de hecho como condición para reconocerla como

¹¹² *Ibid.*, pp. 2-3. El artículo 65 del mencionado Código Familiar define: “Concubinato. Es la unión de hecho de un hombre y una mujer, ambos libres de matrimonio y sin impedimento para contraerlo, que viven de forma constante y permanente, generando derechos y obligaciones al procrear hijos o manteniendo la convivencia. // Para acreditar el concubinato, el Juez [sic] deberá tomar en consideración que los concubinos han vivido en común de manera ininterrumpida durante cinco años o han cohabitado y procreado un hijo o más en común”.

¹¹³ SCJN, Primera Sala, *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 14-15.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 39-45.

concubinato y con ello garantizar los derechos derivados de su extinción constituye una distinción basada en una categoría sospechosa que puede resultar contraria a los principios de igualdad y no discriminación. Debido a la desigualdad estructural de género y a los estereotipos prevalecientes, que normalizan cultural y socialmente que los hombres tengan dos hogares, el marital y el extramarital, es la mujer quien generalmente será víctima de esa discriminación. La SCJN precisa además que la exigencia de estar libre de matrimonio y sin impedimento constituye asimismo un acto susceptible de afectar *prima facie* derechos como el libre desarrollo de la personalidad, la recepción de alimentos, la convivencia familiar y la protección de la familia, al supeditar el reconocimiento de los efectos —obligaciones y derechos— de la unión no matrimonial a una condición que desconoce ciertas modalidades de conformación de vida familiar.¹¹⁸

La SCJN efectúa, por consiguiente, un escrutinio estricto de la norma. Ello implicaba comprobar que el artículo 65 del Código Familiar para el estado de Morelos tenía una finalidad imperiosa; resultaba un medio apropiado y estrechamente vinculado con la consecución de esa finalidad; y era proporcional, al ser la medida menos restrictiva posible para conseguir la finalidad imperiosa. Para la Primera Sala, el concubinato permite a las personas, por un lado, ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por otra, acceder a la protección que el Estado debe proporcionar a las familias en los términos del artículo 4º constitucional.¹¹⁹ Por ello la disposición analizada, al exigir que ambas personas “estén libres de matrimonio y sin impedimento para contraerlo” impedía la consecución de objetivos constitucionalmente importantes.¹²⁰ Mientras que la Constitución protege a todo tipo de familias, al no otorgar relevancia jurídica a un vínculo por la existencia de un matrimonio con otra persona, la disposición analizada solo protegía a la familia creada por el vínculo matrimonial y no a la derivada de una relación de concubinato.¹²¹

Para la Primera Sala, la norma es inconstitucional además porque refuerza estereotipos de género relacionados con el perjuicio al hogar extramarital, al grado de

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 31-32.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 37.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 39.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 42-43.

negarle el reconocimiento jurídico que lo constituye como una fuente de derechos y obligaciones que forman parte del derecho familiar —la pensión alimenticia—. ¹²² Negar la existencia de concubinato y matrimonio respecto de una misma persona en el caso era ignorar la realidad, ya que los antecedentes del asunto señalaban que ambas figuras concurrían. ¹²³

Como resulta evidente, esta sentencia se aleja del razonamiento desarrollado en el Amparo en Revisión 404/2018, comentado en el inciso anterior. En aquella ocasión se dijo que la LSS no vulneraba el derecho a la seguridad social, y no se hizo pronunciamiento alguno acerca de si la norma operaba una diferenciación basada en una categoría sospechosa o se basaba en estereotipos de género. Se declaró que no era jurídicamente posible aceptar la coexistencia de dos o más concubinas del asegurado para efectos del otorgamiento de la pensión de viudez. Ahora, en cambio, la SCJN declara inconstitucional la norma, entre otras razones, por reforzar un estereotipo de género que refleja prejuicios contra el hogar extramarital y por bloquear un reconocimiento jurídico que lo hace fuente de derechos y obligaciones. La norma es examinada en calidad de norma que opera con una categoría sospechosa —estado civil— y es declarada inconstitucional con el efecto de permitir reconocer la coexistencia de matrimonio y concubinato y solicitar pensión de alimentos en el contexto del segundo.

¿Qué justifica la diferencia? ¿Por qué la coexistencia de un matrimonio y una convivencia de hecho es finalmente relevante a efectos del otorgamiento de la pensión alimenticia y la coexistencia de dos concubinatos no lo es, a efectos del otorgamiento de la pensión de viudez? Es claro que la SCJN no detecta la gravedad —en términos de violación de derechos de las partes desprotegidas y de refuerzo de estereotipos dañinos— de no reconocer una doble convivencia de hecho en la misma medida que detecta ahora la gravedad de no reconocer una doble convivencia mixta —en la que un matrimonio está involucrado—. En el Amparo Directo en Revisión 3727/2018, la SCJN reconoce que es social y culturalmente aceptado que el hombre tenga dos hogares, uno marital y otro extramarital, y

¹²² *Ibid.*, p. 42.

¹²³ *Id.*

denuncia la injusticia de no dar al segundo el reconocimiento jurídico que lo transforma en una fuente de derechos y obligaciones. Cuando se da la coexistencia de dos convivencias de hecho y, de manera análoga, “dos hogares”, en cambio, a la SCJN no le preocupan todavía suficientemente las violaciones de derechos involucradas y le parece que el régimen jurídico vigente, que las invisibiliza por completo y les niega relevancia tanto en el ámbito del derecho de familia como en el de la seguridad social —la mayoría de los códigos civiles o familiares estatales reiteran que, si con una misma persona se establecen varias uniones, con ninguna de ellas se considerará que existe concubinato, y la LSS dispone que si al morir el asegurado tenía varias concubinas, ninguna de ellas gozará de pensión—.

El panorama queda de este modo: la duplicidad o multiplicidad de uniones matrimoniales está penalizada; la duplicidad o multiplicidad de uniones de convivencia permanente está invisibilizada y negada. Solo la combinación matrimonio-concubinato está protegida a los efectos de poder recibir una pensión de alimentos de la persona —casi siempre hombre— que participa de los dos arreglos —pero no lo está a los efectos de recibir una pensión de la seguridad social—. Y en ese acotado ámbito, de momento la SCJN se ha mostrado dispuesta a corregir la redistribución entre privados —pensión de alimentos—, pero no a corregir la distribución gestionada por el Estado —seguridad social—. ¹²⁴

En estos casos, existe trabajo aportado y no pagado por años que carece de reconocimiento y lleva a las personas a situaciones de carencia que no existirían si el trabajo hubiera sido retribuido. Tanto la ley como las sentencias continúan soslayando la amplia fenomenología de vinculaciones familiares en cuyo contexto las mujeres quedan mal situadas y fundamentan soluciones desproporcionadas que dejan a muchas personas en situación de exclusión y desventaja.

Para finalizar veremos una sentencia que mediante una estrategia pasiva evita la peor distribución posible, pero —en parte, a buen seguro, porque quien decide

¹²⁴ Como se comentó en relación con el Amparo en Revisión 404/2018, resuelto por la Segunda Sala de la SCJN el 19 de septiembre de 2018.

no es la SCJN— no se anima a transitar hacia una distribución más justa, aprovechando las incoherencias de la normativa.

3. Dualidad de convivencias con una sola pensión: AD 594/2018

El 5 de febrero de 1975 Eugenia inició una convivencia de hecho con Israel, con quien compartía domicilio y de quien era dependiente económica. Años después tuvieron un hijo. En el 2012, Israel falleció a causa de un infarto y Eugenia solicitó al IMSS el pago de una pensión de viudez, entre otras prestaciones, la cual le fue negada.¹²⁵

Eugenia presentó una demanda ante la Junta laboral para que se la reconociera como la única beneficiaria de las prestaciones de seguridad social derivadas de su vínculo con el fallecido. Al contestar la demanda, el IMSS señaló que no tenía derecho al pago de dichas prestaciones porque el Instituto la había otorgado a favor de otra pareja conviviente. También se había reconocido una pensión de orfandad para la hija menor de esta última.¹²⁶

La Junta laboral concluyó que estaba acreditada la dualidad de convivencias y declaró a Eugenia legítima beneficiaria. Sin embargo, señaló que no le correspondía recibir la pensión de viudez, pues el artículo 152 de la abrogada LSS de 1973 dispone que, si el asegurado o pensionado fallecido tenía dos o más “concubinas”, ninguna de ellas tiene derecho a recibir la pensión.¹²⁷

¹²⁵ Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Noveno Circuito, Amparo Directo 594/2018, pp. 5-6.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 6.

¹²⁷ Esta ley se abrogó y fue sustituida por la LSS publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995. Sin embargo, el contenido de la disposición normativa mencionada se encuentra en el artículo 130 de la LSS vigente, aunque con algunas ligeras modificaciones. “Artículo 152: Tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o del pensionado. A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél, o con la que hubiere tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión. La misma pensión le corresponderá al viudo que estuviese totalmente incapacitado y que hubiere dependido económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada fallecida”.

Inconforme, Eugenia promovió un amparo directo.¹²⁸ El Tribunal Colegiado, sin embargo, le negó la protección solicitada y confirmó la determinación de la Junta laboral: al acreditarse una dualidad de convivencias, resultaba improcedente el otorgamiento de la pensión de viudez para Eugenia. El Tribunal precisó que las leyes aplicables al caso eran la LFT y la LSS. El Tribunal no mencionó el Código Familiar del estado y señaló que las autoridades laborales no eran competentes para determinar la validez intrínseca de cada una de esas relaciones, extremo que caía bajo la competencia de los tribunales familiares.¹²⁹ Lo que sí debían hacer los tribunales del trabajo cuando se alegara dualidad de relaciones era evaluar las pruebas ofrecidas por las partes para determinar a quién le correspondía recibir la pensión de viudez. Sobre esta base confirmó la decisión de la Junta que había otorgado la pensión de viudez y orfandad a otra cohabitante y a su hija, respectivamente.¹³⁰

Como vemos, la resolución que pone fin a este caso es una singular y superficialmente enigmática, que confirma que existe una dualidad de parejas, declara que la quejosa entra en la categoría de beneficiarios de la pensión de viudez, pero finalmente no se la otorga porque ha sido otorgada a la otra conviviente. Un primer elemento interesante es que señale la existencia de una relativa autonomía entre la regulación civil y la de seguridad social. Por ejemplo, el capítulo XI del título quinto del Código Civil para el Distrito Federal está dedicado exclusivamente a la figura del “concubinato”. Según el artículo 291 bis, una relación de hecho se considerará concubinato cuando las personas “sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hayan vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones [...]”.¹³¹ En el último párrafo se apunta que si se

¹²⁸ Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Noveno Circuito, *op. cit.*

¹²⁹ *Ibid.*, pp. 32-40.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 39.

¹³¹ Artículo 291 bis del Código Civil para el Distrito Federal: “Las concubinas y los concubinarios tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hayan vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común. Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna

establecen varias uniones con una misma persona, ninguna de ellas se considerará concubinato —aunque permite solicitar una indemnización por daños a la otra persona—. Por su parte, el artículo 130 de la LSS vigente establece que, a falta de esposa, el derecho a recibir la pensión de viudez corresponde a la mujer con quien el asegurado o pensionado vivió como si fuera su marido durante los cinco años anteriores a la muerte de aquel o con la que hubiese tenido hijos, siempre que ambos estuvieran libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado tenía varias concubinas, añade, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión.¹³²

En la resolución que analizamos parece desconocerse esta última regla. No obstante, hay que considerar que la corrección del reconocimiento de pensión para la otra persona —es decir, la concubina que no presentó la demanda inicial— no era parte de la litis y que la alusión de la legislación de seguridad social a la “dualidad de concubinatos” es, en cualquier caso, incoherente, puesto que la legislación civil establece en realidad que cuando hay diversas uniones, ninguna de ellas deberá considerarse concubinato —regla presente, como ya mencionamos, en prácticamente todos los códigos civiles y familiares de México—. El Tribunal Colegiado se inclina, interesantemente, por un razonamiento que evita referirse a la solución más perjudicial —dejar sin nada a ambas—. Sin embargo, deja desprotegida a una conviviente que había señalado ser dependiente económica del trabajador fallecido y con quien tenía un hijo. Una persona que había trabajado a favor de una unidad de convivencia permanente por largo tiempo sin contraprestación económica formal se queda sin los recursos necesarios para mantener un nivel de vida digno. Tampoco controvierte expresamente una normativa que,

se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios (...).”

¹³² “Artículo 130. Tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o pensionado por invalidez. A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado por invalidez vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél, o con la que hubiera tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado por invalidez tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión. La misma pensión le corresponderá al viudo o concubinario que dependiera económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez”.

como vimos, envía el mensaje de que las únicas relaciones interpersonales que se consideran correctas y legalmente aceptables son aquellas en las que participan solo dos personas, a espaldas del universo de casos cotidianos en los que se mantienen relaciones de hecho con varias personas, a veces mediante engaño y a veces con el conocimiento y consentimiento de todas las personas involucradas —aunque es más frecuente el caso de hombres que conviven con varias mujeres que el caso inverso o el de convivencias múltiples entre parejas del mismo sexo—.

Tanto la legislación de seguridad social como la de familia deberían incluir reglas positivas y más flexibles para el caso de que dos personas acrediten haber estado en una relación de convivencia estable con otra u otras, o acoger figuras distintas al actual concubinato que incluyan un mayor número de matices, equilibrando libre desarrollo de la personalidad con igualdad y garantía de derechos sociales. En espera de que el legislador actúe y ante la incoherencia de las reglas vigentes, su carácter denigratorio de las convivencias permanentes no matrimoniales y las numerosas violaciones de derechos básicos que propicia, la Junta y el Colegiado, y sobre todo la SCJN —la única que fácticamente puede innovar interpretativamente con libertad— deberían construir reglas que otorgaran un porcentaje a cada una de las personas que acreditaran haber vivido y trabajado para la misma persona o de otro modo corrigieran las injusticias distributivas más grandes.

IV. Conclusiones

1. La potencia de la Constitución mexicana de los derechos, que hace propios los derechos de los tratados y sus normas asociadas, debería propiciar una transformación radical de las dinámicas laborales, en particular las que derivan de la persistencia de estereotipos dañinos. La SCJN ha desarrollado un cuerpo significativo y esencialmente consistente sobre igualdad y no discriminación que ayuda a identificar problemas de discriminación por género, edad, seropositividad al VIH, discapacidad, y otros motivos expresamente mencionados como problemáticos en la Constitución, con aplicación en muchas áreas. Aunque no todos los problemas de discriminación se relacionan con dinámicas de estereotipación,

muchos lo hacen, negando con ello a las personas beneficios y oportunidades legítimas debido a los significados e implicaciones que otras personas atribuyen a los grupos con que los vinculan. Los nuevos criterios desarrollados en esta área —y más tímidamente en la de los derechos laborales y de seguridad social— debería propiciar una transformación progresiva de la vida laboral cotidiana.

2. Una mirada a la dinámica jurisprudencial muestra, sin embargo, que no existe todavía una incorporación ni una transversalización cotidiana uniforme de la normativa constitucional y convencional, y que tanto las dinámicas sociales como la legislación aplicable continúan capturadas por dinámicas de prejuicio y estereotipación negativa incompatibles con ella.

3. Nuestro análisis no ha estado enfocado en identificar los problemas más prevalentes ni ha emprendido un estudio sistemático de la judicialización de los conflictos laborales en una u otra jurisdicción. Lo que ha intentado es ilustrar en un plano muy concreto problemas de discriminación o potencial discriminación que ocurren en distintos momentos o planos relacionados con el trabajo. El primero es el de las dinámicas precontractuales, donde los estereotipos campan a sus anchas y dejan indemnes estructuras profundas de desigualdad. La judicialización de estas dinámicas ha sido escasa en México, porque muchas personas no conocen el alcance de la protección jurídica que las ampara y porque los criterios tradicionales de legitimación activa, basados en un “interés” fuerte y una afectación individualizada extremadamente concreta, no la han permitido. En ese contexto hemos visto una sentencia de la SCJN que ejemplifica el tránsito hacia un paradigma en el que la discriminación por edad —y por género— en los patrones de contratación finalmente tiene consecuencias jurídicas.

4. El segundo plano es el de las condiciones de desarrollo de las actividades laborales. Tanto a nivel formal como informal, las condiciones de trabajo están permeadas por estereotipos y patrones prejuiciados. Lo hemos ejemplificado con una sentencia que después de muchos años declara inconstitucional la discriminación *de iure* que permitía que las trabajadoras del hogar desarrollaran sus labores sin cobertura de seguridad social.

5. El tercer ámbito o plano es el de la terminación de la relación, que es donde más litigio parece existir, aunque dentro de parámetros muy contenidos. Las reclamaciones que vimos se limitan a solicitar la indemnización por despido injustificado, no la reinstalación —seguramente porque las personas anticipan que tendrían que lidiar en ese caso con un pésimo ambiente de trabajo, sin contar con que la ley permite en algunos casos al empleador no reinstalar—. ¹³³ La respuesta jurídica que reciben es todavía tímida, lenta e inestable, pues las mecánicas de resolución en las Juntas de Conciliación y Arbitraje no son suficientemente receptivas a los problemas y exigen la interposición de recursos y amparos donde se respaldan criterios distintos pero todavía no perfectamente asentados.

6. Hemos llamado la atención también sobre el problema que representa que, en el contexto de estructuras laborales que no reconocen ni remuneran el trabajo de cuidado y reproducción que permite y apoya el trabajo productivo, la legislación familiar y de seguridad social no permita siquiera asegurar una pensión destinada a cubrir sus necesidades más básicas. La Constitución protege igualitariamente contra la discriminación por estado civil a todas las familias, como la SCJN ha enfatizado en innumerables ocasiones. Sin embargo, las personas vinculadas en convivencias permanentes no matrimoniales enfrentan dificultades notorias. Para los casos de convivencias múltiples, la legislación prevé una solución drástica, desproporcionada, sancionatoria, insensible con las particularidades del caso concreto, lo cual sin duda vehicula la asunción de que no importa demasiado cómo el derecho trate a las convivientes de hecho —casi todas mujeres— que solicitan una pensión tras haber trabajado gratuitamente durante años en beneficio de otros en el contexto de un arreglo familiar en teoría constitucional-

¹³³ Así se desprende de los artículos 48 y 49 de LFT. “Artículo 48. El trabajador podrá solicitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, a su elección, que se le reinstale en el trabajo que desempeñaba, o que se le indemnice con el importe de tres meses de salario, a razón del que corresponda a la fecha en que se realice el pago (...)”. “Artículo 49. El patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, mediante el pago de las indemnizaciones que se determinan en el artículo 50 en los casos siguientes: I. Cuando se trate de trabajadores que tengan una antigüedad menor de un año; II. Si comprueba ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, que el trabajador, por razón del trabajo que desempeña o por las características de sus labores, está en contacto directo y permanente con él y la Junta estima, tomando en consideración las circunstancias del caso, que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo; III. En los casos de trabajadores de confianza; IV. En el servicio doméstico; y V. Cuando se trate de trabajadores eventuales”.

mente protegido. El tenor casi sancionatorio de las disposiciones de derecho civil que establecen que cuando haya dos o más convivientes no se considerará concubina a ninguna de ellas, y las de seguridad social que disponen que, si hay más de una, ninguna de las dos tendrá derecho a pensión, ilustran cómo el derecho vigente perpetúa y legitima estereotipos gravísimos contra una clase entera de personas a las que se trata como seres de segunda clase.

7. Solo los esquemas que combinan una relación matrimonial con una relación no matrimonial han recibido atención y acción redistributiva por parte de la SCJN. Sus decisiones afectan de momento solamente a la persona común a los dos arreglos, no al sistema de seguridad social. La SCJN en esta área se muestra más deferente con la política pública que involucra fondos públicos que con las relaciones económicas entre privados.

8. Los desafíos inmediatos parecen variar en los distintos ámbitos. A nivel de Junta laboral, llama la atención la recurrencia de ciertos problemas básicos. Los empleadores no parecen conscientes de la gravedad que *prima facie* reviste despedir a una persona embarazada, con discapacidad o seropositiva al VIH. También llama la atención que en todos los casos que revisamos las Juntas abordaron el despido como si la cuestión de discriminación —alegada o intuida— no existiera. Hay un minimalismo claro que lleva a resolver los problemas dentro de una horma clásica con argumentos y cargas de la prueba claramente establecidos —la empresa debe probar que no existió un despido injustificado, a menos que alegue que el trabajador renunció, caso en el cual este último debe probar el despido, a menos que la empresa ofrezca la reinstalación y entonces el trabajador de nuevo deba asumir la carga de probar—. Incluso cuando reconocen la existencia de un despido injustificado, evitan fundamentarlo en argumentos de constitucionalidad.

9. Los Tribunales Colegiados están haciendo sin duda un trabajo muy importante para modificar estos patrones y vincular legalidad y constitucionalidad. Hay unos pocos movimientos argumentales que parecen clave, como pasar de considerar determinante la existencia de la renuncia a evaluar su credibilidad o insistir en que, cuando se alegue discriminación, el empleador debe en todos los casos

tener la carga de probar que el despido tiene justificación, incluso cuando ofrece la reinstalación.

10. El papel de la SCJN se revela esencial para la evolución de los criterios y para la eliminación de discriminaciones que, como vimos, en algunos casos son *de iure*: están en las leyes. Aunque la Primera Sala ha transformado un montón de dimensiones de las dinámicas familiares, incluido el reconocimiento de la doble jornada, los criterios que vimos respecto de los reclamos en el contexto de parejas de hecho son menos revolucionarios, lo cual, de nuevo, debe llevarnos a pensar en la necesidad de separar diferencias legislativas legítimas y constitucionalmente protegidas de otras que permanecen infraanalizadas e infracorregidas desde la Constitución y los tratados por motivos que es difícil no relacionar con la operación consciente o inconsciente de sesgos profundos.

Bibliografía

Adecco, *Guía para la incorporación laboral de personas con discapacidad*. Disponible en https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/ADECCO_GUIA_inclusion_laboral.pdf

Fuentes Valle, Eugenia Beatriz y Echeverría Echeverría, Rebelín, “Mujeres trabajadoras domésticas: condición indígena, identidad y derechos en México”, *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 83, 2019.

Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), *Ficha temática. Personas que viven con VIH*. Disponible en <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Ficha%20VIH%281%29.pdf>

González Carvallo, Diana Beatriz, y Maldonado Bernal, Odette Ivonne, *Derecho a la seguridad social. Pensión de viudez en el concubinato*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales (Cuadernos de Jurisprudencia, núm. 7), México, 2021.

Ibarra Olguín, Ana María, Latapie Aldana, Ricardo, y González Dávila Boy, Elena, *Igualdad y no discriminación. Género*, Suprema Corte de Justicia de la

Nación, Centro de Estudios Constitucionales (Cuadernos de Jurisprudencia, núm. 7), México, 2020.

Ibarra Olguín, Ana María, y Treviño Hernández, Sofía, “Constitucionalización y familia en México: nuevas coordenadas”, en Nicolás Espejo Yaksic y Ana María Ibarra Olguín (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas Comparadas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, México, 2019.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Indicadores de ocupación y empleo, Cifras oportunas durante agosto de 2021”, comunicado de prensa núm. 544/21, 28 de septiembre de 2021. Disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/iooe/iooe2021_09.pdf

Organización Internacional del Trabajo, *El VIH y el sida y los derechos laborales: Un manual para jueces y profesionales del derecho*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_455285.pdf

Pou Giménez, Francisca, “Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral”, *Revista Discusiones*, vol. 16, núm. 1, 2015.

_____, “Los casos de militares con VIH: el impacto del conocimiento médico en el análisis constitucional sobre discriminación”, *Gaceta Médica de México*, núm. 148, 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género*, México. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/registro/formulario/protocolo-orientacion-sexual>

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, México, 2020.

Treviño Fernández, Sofía. y Rubio Rufino, Isabel Lucía, *Estabilidad laboral en el embarazo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales (Cuadernos de Jurisprudencia, núm. 8), México, 2021.

Caso Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Serie C-298, sentencia de 1 de septiembre de 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)

SCJN, Pleno

Amparo en Revisión 307/2007, 24 de septiembre de 2007.

Amparo en Revisión 196/2005, 12 de marzo de 2007.

Amparo en Revisión 1666/2005, 6 de marzo de 2007.

Amparo en Revisión 1200/2006, 6 de marzo de 2007.

Amparo en Revisión 1185/2004, 6 de marzo de 2007.

Amparo en Revisión 510/2004, 6 de marzo de 2007.

Amparo en Revisión 259/2005, 6 de marzo de 2007.

Amparo en Revisión 2146/2005, 27 de febrero de 2007.

Amparo en Revisión 1659/2006, 27 de febrero de 2007.

Amparo en Revisión 1285/2006, 27 de febrero de 2007.

Amparo en Revisión 1015/2005, 27 de febrero de 2007.

Amparo en Revisión 810/2006, 27 de febrero de 2007.

SCJN, Primera Sala

Amparo Directo en Revisión 3727/2018, 2 de septiembre de 2020.

Amparo en Revisión 1368/2015, 13 de marzo de 2019.

Amparo en Revisión 1043/2015, 29 de marzo de 2017.

Amparo en Revisión 1184/2015, 29 de junio de 2016.

Amparo Directo en Revisión 1754/2015, 14 de octubre de 2015.

Amparo Directo en Revisión 2805/2014, 14 de enero de 2015.

Amparo Directo en Revisión 597/2014, 19 de noviembre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 992/2014, de 12 de noviembre de 2014.

Amparo en Revisión 159/2013, 16 de octubre de 2013.

Amparo en Revisión 410/2012, 21 de noviembre de 2012.

Amparo en Revisión 515/2007, 19 de septiembre de 2007.

Tesis Aislada 2007804, “Sociedad de convivencia, matrimonio y concubinato. El hecho de que constituyan instituciones similares cuya finalidad es proteger a la familia, no implica que deban regularse idénticamente”, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, libro 11, tomo I, p. 620, octubre de 2014.

SCJN, Segunda Sala

Amparo Directo 9/2018 (relacionado con el Amparo Directo 8/2018), 5 de diciembre de 2018.

Amparo Directo en Revisión 3708/2016, 31 de mayo de 2017.

Amparo en Revisión 404/2018, 19 de septiembre de 2018.

Contradicción de Tesis 422/2016, de 22 de marzo de 2017.

Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Noveno Circuito

Amparo Directo 937/2019, 12 de noviembre de 2020.

Amparo Directo 936/2018, 10 de octubre de 2019.

Amparo Directo 594/2018, 20 de junio de 2019.

Amparo Directo 852/2017, 5 de abril de 2018.

Amparo Directo 1051/2016, 5 de octubre de 2017.

Delitos odiosos como delitos de odio

María Laura Manrique*

* Doctora en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) e Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), Argentina.

Delitos odiosos como delitos de odio. I. Introducción; II. El odio y los motivos emocionales; III. Lo odioso de los delitos; IV. Emociones y estereotipos; V. La presión de lo odioso, sobre el odio; VI. Conclusiones ¿Por qué distinguir el odio de lo odioso?

I. Introducción

Sin lugar a duda, las conductas motivadas por el odio nos provocan un intenso y especial rechazo. Un ejemplo de esto es el ataque a Daniel Zamudio el 2 de marzo de 2012; donde en un parque de Santiago de Chile, lo quemaron, le grabaron esvásticas con los golletes de botellas, le quebraron una pierna mientras se reían, lo insultaban, etcétera. Este ataque. generó tanta conmoción y rechazo en la comunidad chilena que se aprobó meses después la conocida “Ley Zamudio” cuyo proyecto de ley antidiscriminación hacía más de 7 años que estaba ingresado sin tratar.¹

El odio es un *motivo emocional*, al igual que los celos, la envidia, la compasión, etcétera; es decir, una emoción que mueve a la acción. Por esa razón, el odio tiene un papel importante en la atribución de responsabilidad penal. Así, en las últimas décadas, este ha sido incorporado en numerosas legislaciones penales como

¹ Para más detalles, V. <https://www.24horas.cl/nacional/homicidio-de-zamudio-el-antes-y-despues-de-un-caso-historico-908560>

El 4to Tribunal Oral de lo Penal condenó el 28 de octubre de 2013 con penas de entre 7 años y cadena perpetua a los cuatro acusados por la muerte de Daniel Zamudio.

una agravante específica de otros delitos,² o en la cristalización de ciertos tipos delictivos específicos —los llamados “delitos de odio”—. Ahora bien, en el entendido del odio como motivo emocional y la incorporación de los delitos de odio se entrecruzan distintas discusiones que es necesario separar cuidadosamente. Por ejemplo, ¿qué peso hay que otorgar en un Estado Constitucional de Derecho a dos intuiciones en conflicto?, dígase la protección de la libertad de expresión y la necesidad de controlar las manifestaciones del odio.³ No es difícil advertir que, con frecuencia, la balanza se inclina hacia la ampliación de la esfera de la represión penal. Así, es usual encontrar en los Códigos Penales actuales figuras como “la incitación al odio”, o “manifestaciones de odio”, que en muchos casos no generan una lesión en particular, o que tienen una notable vaguedad en la redacción de sus figuras típicas. En definitiva, como dice Fuentes Osorio, “[...] para justificar el delito de odio se crea el odio como delito: actuar penalmente por los efectos sociales negativos del odio mediante tipos que se consuman materialmente con actos que son una manifestación del odio”.⁴

Más allá de la evidente importancia de estos problemas, en este trabajo me ocuparé de dos problemas que deben clarificarse a los efectos de lograr una adecuada comprensión del odio como motivo emocional; el papel del odio como factor agravante de un delito y de su impacto en nuestra sensibilidad para evaluar determinadas conductas.

1. Los delitos odiosos

Parece claro que podemos identificar delitos que nos parecen *odiosos*, en el sentido de que son percibidos como especialmente desagradables, repugnantes o malvados. Estos delitos son similares, aunque no idénticos, a los llamados “*henious*

² Por ejemplo, el artículo 80, inciso 4, del Código Penal argentino establece que se impondrá prisión perpetua a quien mate a otro por “placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión”. Aunque también existen las agravantes genéricas que abarcan a cualquier tipo de delito. V. Código penal español, art. 22.4.

³ Al respecto, V. Miró Linares, *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*.

⁴ Fuentes Osorio, “El odio como delito”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 1-52.

crimes” de los sistemas anglosajones. Son considerados horribles por la comunidad, independientemente del motivo por el cual fueron cometidos. En este caso, el problema es deslindar con claridad estos *delitos odiosos* de los delitos cometidos *por odio* ya que resulta tentador asumir que las justificaciones que tenemos para reprochar a este último tipo de crímenes también pueden servir justificar el castigo de los primeros.⁵

2. Los delitos (agravados) por odio

Aunque es frecuente encontrar al odio como un motivo emocional que califica delitos específicos, la discusión contemporánea se centra en si es legítimo, en el ámbito del derecho penal liberal, reprochar los motivos por los que se realiza determinada conducta. Para muchas autoras y autores,⁶ el reproche a una conducta motivada por el odio que siente un determinado agente es una manera de reprocharlo o reprimirlo por su carácter — o por lo que él es— y no por lo que este hace.

Este segundo problema es conceptualmente previo respecto del primero, ya que si aceptamos que el odio no puede agravar aquello que el agente efectivamente hace, entonces es también problemático sostener que la repulsión que nos provoca la conducta del agente es suficiente para atribuir una mayor —o alguna— responsabilidad penal. Por el contrario, en caso de que tuviésemos razones para reprochar de manera agravada los delitos cometidos *por odio*, todavía quedan abiertas las posibles conexiones entre estos crímenes y los delitos odiosos.

⁵ En particular, creo que la justificación expresiva del castigo, (V la postura de Lord Devlin), o de los delitos de odio en particular, (V la postura de Dan Kahan) hacen colapsar la distinción entre delitos de odio y delitos odiosos. Es decir, quien tiene una concepción expresiva, aunque pretende justificar los delitos de odio por el impacto que producen en la comunidad, a lo sumo lo que podría hacer es justificar los delitos odiosos. Pero como mostraré este tipo de delitos no pueden aplicar, por esa razón, una sanción mayor; la estrategia expresivista está condenada al fracaso. Para otros argumentos al respecto, Cf. Hurd y Moore, “Punishing Hatred and Prejudice”, en *Stanford Law Review*, pp. 1081-1146; Abrams, “Fighting Fire with Fire: Rethinking the role of disgust in hate crimes”, en *California Law Review*, pp. 1423-1464. Desarrollaré esta idea más adelante.

⁶ Por ejemplo, Hurd y Moore, *op. cit.*

En este trabajo sostendré tres ideas centrales. En primer lugar, que la distinción entre derecho penal de acto y derecho penal de autor no es un obstáculo para atribuir responsabilidad en casos de delitos cometidos por odio. En segundo lugar, que a pesar de que fuese legítimo reprochar las conductas impulsadas por el odio, no está justificado por esa única razón reprochar aquellos crímenes que nos parecen especialmente odiosos. Finalmente, también mostraré la manera en que las emociones de desagrado y repugnancia se estereotipan y presionan para identificar ciertas acciones como si hubiesen sido cometidas por un agente impulsado por el odio.

El trabajo se estructura de la siguiente manera: en la sección II señalaré, mediante una discusión específica y acotada, en qué sentido comprendemos lo que el agente hace —y no solo aquello que él es— cuando incorporamos los motivos emocionales a la explicación de la acción. En la sección III mostraré cuáles son los elementos sobresalientes de los crímenes que consideramos odiosos o repugnantes. Para ello reconstruiré brevemente las ideas de Martha Nussbaum⁷ acerca de esta emoción. Finalmente, en la sección IV, reconstruiré brevemente algunas ideas acerca de los estereotipos y utilizaré una sentencia —de amplia repercusión en Argentina— para ilustrar cómo aquello que nos parece odioso presiona para calificar a un cierto evento como un caso de odio.

II. El odio y los motivos emocionales

En general, el propósito de las críticas alrededor del *reproche por los motivos emocionales* es articular una importante intuición moral: la responsabilidad individual depende exclusivamente del comportamiento del agente y las consecuencias que ocasiona. De esta manera, se excluye no solo que un agente puede ser castigado por acciones ajenas, sino también se excluye la relevancia de aquellos estados mentales, —virtuosos o malvados— que no se manifiestan en las acciones. Dado que el derecho penal contemporáneo pretende justificarse en las razones morales, —aquellas que reconocemos para intervenir en los bienes básicos de los

⁷ V. Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano: Repugnancia, vergüenza y ley*.

individuos— parece intuitivamente aceptable la idea de que el derecho penal solo debe reprochar conductas.⁸ En otras palabras, la motivación para cometer un determinado delito no debe ser tenida en cuenta; lo relevante es el delito que cometió un cierto agente.

Un estudio sistemático del odio como motivo emocional queda fuera del alcance de este trabajo y solo analizaré el modo en que, la incorporación del odio en un esquema explicativo permite dar cuenta de aquello que el agente efectivamente realiza. Para ello utilizaré una estrategia oblicua, que consiste en analizar una de las críticas más profundas que se han hecho al reproche por los delitos de odio; es decir el trabajo de Heidi Hurd y Michael Moore.⁹ Mi objetivo es el siguiente: mostrar que hay buenas razones para responder a las críticas que hacen Hurd y Moore al reproche por los delitos de odio, es decir que sus argumentos no son argumentos de *knock out*; por lo tanto el reproche por las conductas cometidas con odio no implica responsabilizar al agente por lo que es ni por cosas que no podía controlar.

Para Hurd y Moore, la atribución de responsabilidad en los delitos de odio significa reprochar ciertos estados emocionales o creencias disposicionales, en lugar de deseos o intenciones que representan un compromiso práctico con la obtención de determinado estado de cosas. De este modo, esos estados mentales no pueden considerarse como premisas prácticas, determinantes de la acción y, por ello, carecen de un papel relevante en la inferencia práctica que explica la conducta de los individuos. En particular, el odio, más que un estado mental, sería un rasgo de carácter que no podemos controlar y, dado que un derecho penal de acto no puede atribuir responsabilidades por el carácter o personalidad de los agentes, se seguiría que reprochar el carácter no está justificado.¹⁰ Hurd y Moore señalan:

⁸ V. por ejemplo, Roxin, *Derecho penal. Parte general. T.I, Fundamentos*, p. 176; Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción: Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, p. 82.

⁹ En otro trabajo he desarrollado una crítica al argumento de Hurd y Moore, *op. cit.*; aquí solo me concentraré en los aspectos centrales de las ideas de la autora y el autor autores y mi crítica a su obra. Para un desarrollo más completo de estos argumentos, Cf. Manrique, “Delitos de odio y motivos emocionales”, *Análisis Filosófico*, pp. 191-220.

¹⁰ Cf. Hurd y Moore, *op. cit.*, p. 1118.

Si el odio / prejuicio constituye un estado mental con el que un acusado debe actuar para ser responsable por un delito de odio / prejuicio, entonces la *mens rea* de los delitos de odio y prejuicio es diferente de la *mens rea* exigida para cualquier otro tipo de delito. El método tradicional de graduar la culpabilidad en el derecho penal ha sido en gran medida indiferente a las consideraciones de los motivos (excepto en la prueba).¹¹

Hurd y Moore afirman que el odio es un estado mental emocional con el que un agente actúa, y el prejuicio¹² es una disposición a realizar ciertos juicios acerca de otras personas basada en creencias falsas. Para Hurd y Moore, si confundimos este lenguaje con el de los motivos, se corre el riesgo de mezclar tres tipos de motivaciones: deseos, pasiones, y creencias disposicionales. Los delitos que exigen odio se enfocan solo en pasiones y no en acciones. Pero, en su opinión, los deseos son los únicos motivacionalmente adecuados para generar razones para la acción. Los deseos son aquellos fines en los que las acciones constituyen el medio para lograrlos.¹³ Por el contrario, cuando el odio es el impulsor constituye estados emocionales en los que el agente se ve impulsado. Así, el odio se asemejaría a la ira o a los celos, y todos ellos serían estados emocionales bajo los cuales el agente actúa.¹⁴ Las pasiones y las creencias se conectan con el carácter y los deseos con las acciones de los individuos.¹⁵

Estos rasgos del carácter son perdurables, a diferencia de las intenciones, estas últimas suelen establecer un objetivo, conformar una acción futura al respecto y tienen una duración acotada en el tiempo. Si una persona odia a un determinado grupo de personas —latinas, por ejemplo—, ello genera que cada vez que se encuentra con algún miembro de esta clase sienta repulsión y actúe de manera

¹¹ *Id.*

¹² La caracterización de un prejuicio es algo vinculado pero diferente a la emoción del odio. No trato aquí las diferencias. Creo que la idea de prejuicio es central para explicar el modo en que surge el odio pero en esta parte del trabajo mi interés está en mostrar en sí el odio, una vez generado, se refleja o no en la conducta del agente.

¹³ *Ibid.*, p. 1122.

¹⁴ *Ibid.*, p. 1123.

¹⁵ *Ibid.*, p. 1127.

que le niegue la condición de igual y el lugar que le corresponde en determinada comunidad.¹⁶

La conclusión del argumento es que, si se castiga al agente por el odio que posee a su víctima —porque esta pertenece a determinado grupo— los delitos de odio/prejuicio, están reprochando solo por el mal carácter. Por supuesto, Hurd y Moore se adelantan a la crítica a este argumento que dice que no se reprocha el mal carácter sino solo las acciones prohibidas realizadas con ese rasgo del carácter. Su respuesta es que el delito subyacente —el homicidio, por ejemplo— y su elemento subjetivo ya está reprochado en el código penal. La pena añadida por el delito de odio/prejuicio no es por el acto ni por el elemento subjetivo sino por el odio añadido que motiva al agente a realizar cierta acción.¹⁷

No es posible elaborar aquí una crítica minuciosa a este enfoque. Sin embargo, alcanza con exponer que la caracterización que realizan la autora y el autor de lo que es el odio, está vinculada a una teoría mecanicista de las emociones y no justifican por qué esta teoría es la adecuada. Recordemos que para esta teoría las emociones son impulsos que nos suceden y las personas las padecemos/disfrutamos como sujetos pasivos. Hurd y Moore, comprometiéndose con esta tesis, afirman:

explicar la acción, como producto del odio, de un acusado no es en sí misma atribuirle un deseo de provocar algún estado de cosas futuro. Es, más bien, caracterizar su acción como un producto de una pasión particular a la cual estaba sujeto (*gripped*) en ese momento. Las pasiones se diferencian de aquellos deseos en consideración en los delitos específicos en que ellas son estados emocionales sentidos (*felt*) antes que fines para los cuales las acciones son el medio. Hablamos de emociones motivando acciones diciendo cosas tales como ‘atacó con ira’, o ‘Estaba con un ataque de rabia celosa’, ‘Se perdieron con la excitación del momento’ o simplemente ‘Perdió el control’.¹⁸

¹⁶ *Ibid.*, pp. 1127-1128.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 1128-1129.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 1122-1123.

En esta familia de teorías, las emociones no pueden evaluarse, sino más bien solo se puede medir la mayor o menor intensidad con que las padece el sujeto y ellas siempre juegan en contra de la racionalidad de la conducta.¹⁹ El problema central de esta teoría, en el ámbito de la responsabilidad, es que no puede explicar acciones como las de Yago que por el odio y los celos que le provoca Otelio *decide* elaborar un plan para vengarse.²⁰

La otra familia de teorías es la denominada cognitivo evaluativa, representada en la actualidad por autores como Martha Nussbaum y Dan Kahan.²¹ Para esta teoría, las emociones generan razones y pueden evaluarse como buenas o malas, razonables o irrazonables.

Con ello no quiero decir que una teoría cognitivo-evaluativa pueda explicar de manera adecuada el papel de las emociones en el razonamiento práctico. Creo que la mejor manera de explicar el impacto de las emociones en la conducta del agente es a través de una teoría dual de las emociones. Esta concepción dualista explica de manera más adecuada las relaciones entre aspectos internos y externos de las emociones).²² Al igual que las acciones no pueden identificarse únicamente con fenómenos mentales o conductuales, las emociones son un fenómeno complejo y ellas no pueden reducirse ni a eventos sensoriales o fisiológicos —como hace la teoría mecanicista— ni a estados mentales —como parecen favorecer las teorías evaluativas—.²³

Con respecto a la naturaleza *incontrolable* de las emociones, me centraré en el siguiente argumento:

¹⁹ Cf. González Lagier, *op. cit.*, p. 49.

²⁰ La tragedia de Shakespeare es muy rica y llena de matices. El único objetivo de resaltarla aquí es que en un mismo contexto se ve cómo funcionan las emociones. En primer lugar, los celos envenenadores de Otelio y por otro la maldad, el odio y el resentimiento de Yago para con el personaje central. Para un análisis con un punto de vista jurídico de esta tragedia V. Schmill, *Las implicaturas del resentimiento. La Tragedia de Otelio*.

²¹ V. Kahan y Nussbaum, *op. cit.*

²² Cf. Von Wright, "An Essays on Door-Knocking", en *In the Shadow of Descartes: Essays in the Philosophy of Mind*.

²³ Cf. Manrique, "Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 289-304, para un desarrollo de esta idea.

En la medida que no podemos abandonar nuestras emociones y creencias de la manera que podemos abandonar nuestros planes —en otras palabras, simplemente por decisión— la legislación penal que se enfoca en emociones y creencias disposicionales se enfoca en cosas que no están completa o directamente dentro del inmediato control del defendido. Y el Estado no debe castigarnos por cosas que no podemos controlar autónomamente, así, la legislación penal del odio/discriminación es sospechosa de hacer eso [...] Sugerimos que el acusado no debe ser castigado por racismo, sexismo, u homofobia porque él *no puede* simplemente elegir no ser racista o sexista o un homófobo.²⁴

En este sentido, es necesario subrayar tres argumentos críticos que se desprenden de una concepción cognitiva-evaluativa de las emociones. En primer lugar, ellas son objetos intencionales, —por ejemplo, tengo miedo porque creo que estoy en peligro—. Es decir, dentro del concepto de emociones hay un componente epistémico que permite valorar la emoción en términos de racional o irracional, es decir sensible a razones. Por ejemplo, el miedo de un agente a los fantasmas puede ser catalogado de irracional, a diferencia del miedo que puede también provocarle enfrentar a una jauría de *rottweilers*. En este sentido, las emociones pueden ser evaluadas, dígase elogiadas o reprochadas, y esta atribución de valor responde a la percepción de que nuestras emociones son “algo más” que cosas que nos ocurren o padecemos.

En segundo lugar, aunque ciertas emociones pueden estar tan arraigadas en nuestra personalidad, tal que nos cuesta despojarnos de ellas, el derecho penal no nos exige semejante desprendimiento. Más bien, nos exige que no expresemos de cierta manera las emociones que tenemos. Por ejemplo, el derecho prohíbe que el nazi mate a una persona por ser judía pero no le impide que piense que los judíos son una raza inferior que debe desaparecer. Más aún, cualquier manifestación del odio que no esté prohibida está, por defecto, permitida por más desagradable que nos parezca. Es decir, el derecho solo nos reprocha por ciertas expresiones de nuestras emociones. Las emociones en general responden a razones

²⁴ Hurd y Moore, *op. cit.*, p. 1130. Itálicas añadidas. La autora y el autor hacen referencia a “poder” como habilidad general y no como incapacidad en el caso concreto.

y son, en cierta medida, controlables.²⁵ En otras palabras, aunque en ocasiones no podamos elegir las emociones que tenemos, si podemos elegir actuar o no en base a esas emociones.²⁶

Por supuesto, ello no quiere decir que cualquier persona que actúa por odio debe ser reprochada de la manera más grave. Es una notable característica de las emociones que, en ciertas circunstancias, se asemejan tanto a pasiones incontrolables como a razones específicas. Por ejemplo, vemos a una persona que grita a otro de manera airada. Si le preguntamos qué ha ocurrido el agente podría responder que se comportó de ese modo para mostrarle al otro individuo su desacuerdo y señalar de ese modo un límite que se debía respetar. En ese caso, su respuesta forma parte de una estrategia destinada a lograr un cierto fin; es decir, el agente “deja escapar” sus pasiones con el fin de lanzar una advertencia a su oponente. Pero, también puede ocurrir que el agente responda: “¡No sé qué me sucedió! ¡Simplemente exploté!”. En ese caso, su *reacción* es más un evento causalmente determinado que una acción propia. Si este tipo de eventos sucediese a menudo probablemente pensaríamos que se trata de una personalidad anómala y, en casos extremos, trataríamos de determinar si es en verdad un agente imputable. Esta es una cuestión que se debe decidir en cada caso en particular. Es decir, no depende del concepto de motivo en general sino de la fuerza en particular con la que haya actuado el motivo específico.

En tercer lugar, los motivos —que abarcan más estados mentales que las emociones— pueden llegar a determinar qué es lo que estoy haciendo. Se vinculan de manera directa con las intenciones o conforman la intención misma. No solo impactan en la evaluación del agente sino en aquello que el agente realiza efectivamente. En ocasiones, no entendemos la acción sino comprendemos el motivo de su conducta. Por ejemplo, supongamos que vemos un soldado con una pinza extrayéndole una muela a otro soldado. El evento podría ser entendido como un acto de tortura, sin embargo, si el soldado le extrae la muela porque desea evitar

²⁵ V. por ejemplo, González Lagier, *op. cit.*, pp. 439-458; Kahan y Nussbaum, *op. cit.*, pp. 269-374.

²⁶ En el mismo sentido: V. Brax, “Motives, Reasons, and Responsibility in Hate/Bias Crime Legislation”, en *Criminal Justice Ethics*, p. 240.

una infección, la valoración del acto también se transforma. Incluso cuando el sufrimiento físico es el mismo en ambos casos. En definitiva: si no consideramos sus motivos no solo no podemos entender la conducta, sino que tampoco podríamos elogiarla o reprocharla.

La moraleja de estos argumentos es que incluso si los motivos emocionales son algo distinto a las intenciones, o no se vinculan con los deseos, ellos todavía juegan un papel relevante en el razonamiento práctico. Los motivos emocionales no se vinculan únicamente con el carácter del agente sino con aquellas cosas que intenta hacer. Los motivos emocionales, y el odio en particular, se vinculan en general con aquellas cosas que queremos hacer o con las razones por las que las queremos hacer. La conducta del agente sigue siendo el centro de la evaluación y no aquellas cosas que el individuo no puede controlar.

Para seguir añadiendo críticas al reproche por los motivos de odio, Hurd y Moore estipulan que lo que determina la acción son los deseos y que cualquier otro rasgo —pasiones y disposiciones— está vinculado con el carácter. En mi opinión, esta es una manera restringida de entender la acción humana. Sin duda alguna, desde Hume en adelante, las acciones humanas han sido analizadas a partir de un complejo epistémico-volitivo. Así, si un agente desea conseguir X y cree que, Y es necesario para X, entonces —*ceteris paribus*— se embarcará en la tarea de lograrlo. En este esquema, los deseos y las creencias son *razones internas* para actuar ya que la noción misma de acción está *determinada* por esos elementos; es decir nos señalan por qué fue inevitable para el agente, a la luz de ciertas circunstancias, embarcarse en un cierto curso de acción. El propósito de este esquema de razonamiento práctico es aislar los elementos necesarios y suficientes para la explicación de una acción. Es decir, este esquema restringe a un conjunto mínimo, los elementos para dar cuenta de la conducta del agente. Sin embargo, como señala Von Wright:

El esquema característico de la explicación de una acción en términos de motivos y razones es diferente. Aquí, nunca estamos interesados en *aislar* el contexto, sino algunas veces en *expandirlo* de tal manera que la explicación de la acción se corresponda, al máximo posible, con el resto de la historia de vida del agente. Normalmente, podemos contentarnos con un contexto más reducido. Puede ser que todo

lo que necesitamos para nuestra comprensión del caso es que el agente contemple su acción como necesaria para algo que vislumbraba o consideraba adecuado para cumplir alguna exigencia. En definitiva, solo cuando los objetos de sus intenciones o deseos parecen extraños o ‘sospechosos’, o sus creencias distorsionadas, o cuando parece anormales las exigencias que supuestamente su acción cumpliría, es que estamos ansiosos por ampliar el contexto para obtener una representación más coherente del caso.²⁷

En otras palabras, cuando se produce un comportamiento anómalo —y hay buenas razones para creer que este es el caso frente a delitos, emocionalmente determinados— normalmente, la explicación de la acción de un agente puede expandirse hacia otros elementos que también determinan sus deseos y creencias.

El hecho de asumir que los deseos son motivacionalmente relevantes no implica que perdamos de vista el modo en que estos deseos son construidos. En general, las emociones impactan en los deseos —nuestras intenciones— y ellas se reflejan en nuestras acciones.

En síntesis, aunque Hurd y Moore parten de la idea correcta acerca de la relación entre deseos, creencias y acciones, limitan de manera innecesaria el papel que las emociones desempeñan en nuestro comportamiento. Por esto, autora y autor tratan a los motivos en general, y al odio en particular, como algo independiente de cualquier acción. En mi opinión, los motivos son un elemento intrínsecamente vinculado a nuestra conducta, a pesar de que no se encuentren vinculados al resultado de la acción de la misma manera que los deseos.²⁸ Además, puede decirse que cuando entendemos los motivos por los que actuó el agente tenemos una mejor comprensión de su conducta. Ciertos motivos incluso modifican la conducta del agente. Por eso, si el agente quiere defenderse de una agresión entramos en el ámbito de la legítima defensa a diferencia de, si quiere deshacerse

²⁷ Von Wright, “Explanation and Understanding of Action”, en *Practical Reason*. p. 66.

²⁸ V. Mathis, “Motive, Action, and Confusions in the Debate over Hate Crime Legislation”, en *Criminal Justice Ethics* 20, pp. 1-20.

de su enemigo. Los motivos nos ayudan tanto a identificar diferentes acciones como a evaluarlas de diferente manera.²⁹

De la concepción del derecho penal liberal defendida por Hurd y Moore se desprenden dos tesis vinculadas entre sí, la primera es que los motivos no se reflejan en la acción y son meros pensamientos. Así, se asimilan más a las representaciones oníricas que a otro tipo de estados mentales que generan compromiso práctico. La segunda tesis afirma que un Estado liberal no puede castigar a las personas solo por sus pensamientos. Más allá de la dificultad de articular esta segunda tesis, como ya se comentó más arriba, el problema central del argumento está en la exageración o deformación que implica sostener que los motivos no se reflejan en la acción.

De nuevo, el hecho de afirmar que los motivos emocionales son solo pensamientos es una mala comprensión del papel que poseen los motivos en el razonamiento práctico. Hacemos ciertas cosas porque creemos que tenemos razones para hacerlas. Por ejemplo, voy a visitar a mi abuela enferma no solo porque deseo ver a mi abuela sino porque acepto que se debe cuidar a los enfermos. Este es mi motivo para hacer lo que hice.

Por supuesto, en ocasiones tengo motivos para visitar a mi abuela y no lo hago — por pereza, por ejemplo— y el motivo no me impulsó lo suficiente. Sin embargo, en el ámbito del derecho penal, las acciones relevantes son seleccionadas por los sistemas jurídicos y, por ello, se analizan los motivos siempre que ellos se materialicen en una cierta conducta relevante. Una vez que decidí, digamos, matar a una persona, esta decisión ingresa en el ámbito jurídico, y es aquí donde cobran importancia las razones que tenía para hacer lo que hice. En ese contexto, es importante determinar si el agente ha actuado por ira, por miedo, en legítima defensa, por venganza o por odio. Podemos debatir acerca de por qué el derecho ha otorgado relevancia a la ira —en la defensa de provocación o emoción violenta—, al odio —en los homicidios calificados— y no, por ejemplo, a otros motivos

²⁹ *Ibid.*, p. 8.

emocionales como la compasión, la piedad o la gratitud. Esta, sin embargo, es una discusión normativa alrededor de por qué ciertos motivos deberían contar en el derecho, en lugar de otros; y no debe confundirse esa cuestión con una discusión conceptual sobre la manera que impactan los motivos en la conducta del agente. En palabras de Kahan: “¿Expresan los delitos de odio evaluaciones más reprochables que aquellas expresadas por otro tipo de delitos violentos?”.³⁰ Esta es una discusión central para que pueda justificarse el reproche por los delitos de odio, pero no me detendré aquí en este trabajo.

III. Lo odioso de los delitos

Una vez que se despejan las dudas acerca del reproche agravado de los motivos emocionales estamos en condiciones de analizar el modo en que ellos se relacionan con los delitos odiosos. La caracterización de un crimen como odioso genera numerosos interrogantes, ¿por qué ciertos delitos nos desagradan o repugnan tanto como para calificarlos como odiosos? ¿Es admisible aumentar una sanción o disminuir garantías constitucionales por la repulsión que el hecho genera en la comunidad?³¹ Cualquier respuesta a estos interrogantes exige una caracterización básica de los rasgos paradigmáticos de los delitos odiosos, que es el propósito básico de esta sección.

En principio, puede identificarse un rasgo negativo y un rasgo positivo en la reconstrucción de los delitos odiosos. Así, por una parte, para determinar si un crimen fue odioso es irrelevante que el sujeto activo haya experimentado odio al cometer su conducta o haya decidido realizarla por el odio que le tenía a

³⁰ Kahan, “Two Liberal Fallacies in the Hate Crimes Debate”, en *Law and Philosophy*, p. 176.

³¹ En ciertas situaciones se considera que, así como los delitos con odio implican un aumento de la pena, los delitos odiosos provocan la eliminación de ciertas garantías constitucionales al identificar a quien comete este delito odioso como un “enemigo” de la sociedad. V. sobre el derecho penal del enemigo, Cancio Meliá y Díez y Gómez-Jara, *Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión*; Silva Sánchez, *Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 73. Para una breve conexión de este discurso con los delitos odiosos, V. Díaz López, *El odio discriminatorio como agravante penal: Sentido y alcance del artículo 22.4 C.P.*, pp. 68-77.

determinada —clase de— persona. En otras palabras, el delito puede ser identificado como odioso sin recurrir a las motivaciones del autor.³²

Parece importante señalar que aquellos delitos que son cometidos *por odio normalmente* nos parecen odiosos. Esta es una de las razones por las que consideramos que vale la pena identificar a los delitos por odio como una categoría especial dentro del resto de homicidios. Sin embargo, aunque “lo odioso” sea la razón por la que decidimos sancionar de modo especial los delitos de odio, esto no significa que ambas cosas sean idénticas. Que un delito haya sido cometido por odio es una discusión acerca del caso individual; es decir, de los hechos de un caso que se produce en un determinado momento y en un cierto lugar.³³ Por el contrario, la calificación de “odiosos” a ciertos tipos de delitos depende de la valoración general que haga la comunidad sobre algún caso o grupo de casos. Conforme a esta caracterización, puede haber casos de delitos cometidos con odio que sean a su vez un crimen odioso como, por ejemplo, la muerte de los tres jóvenes afroamericanos en manos del *Ku Kux Klan* en 1964 en Mississippi o el caso Zamudio. Pero, no debe olvidarse que los crímenes por odio y los crímenes odiosos pueden surgir de manera separada

Por otra parte, el rasgo positivo para identificar estos tipos de delito es el *asco, la repugnancia, la indignación, el odio o el desprecio* que la conducta del agente provoca en la comunidad. Ello significa que los delitos odiosos ofrecen una cierta *sensibilidad contextual*. Dado que las comunidades van modificando sus creencias y convicciones, lo que en un momento —*t*— nos parece odioso en otro momento diferente —*t1*— puede resultar indiferente y viceversa.³⁴

³² Cf. Díaz López, *op. cit.*, p. 73.

³³ Por supuesto, esto supone un compromiso teórico con la identificación de los estados mentales. V. : González Lagier, “Hechos y conceptos”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*.

³⁴ Aquí solo pretendo enunciar una tesis *descriptiva* sobre la diversidad de prácticas sociales en función de diferencias sociales, culturales, étnicas, etcétera. Por ejemplo, en general, en Europa la mutilación a niñas a través de la ablación del clitoris es considerado odioso, pero ello no impide que quienes adoptan un punto de vista interno a la práctica asuman en la misma un valor específico. Por supuesto, esto no implica que esa práctica y su correspondiente aspecto interno puedan ser genuinamente justificados.

El factor de repugnancia, indignación, etcétera, es lo que recoge Frederick Reamer cuando señala que los *heinous crimes* son “esa clase de delitos tan horribles que conmueve nuestra conciencia colectiva”.³⁵ Por ejemplo, los hechos de violencia gratuita cometidas a personas especialmente vulnerables, tal como ocurrió en el caso de Andrea Yates al ahogar a sus cinco hijos de entre 6 meses y 7 años en una tina de baño.³⁶

Sin duda, el paradigma de los delitos odiosos recoge a los delitos cometidos con dolo. Pero, también podríamos asumir como odiosas —repugnantes u horribles— a situaciones imprudentes, pero suficientemente desaprensivas como para ocasionarnos un desagrado visceral. Por ejemplo, el hallazgo en Inglaterra de 39 cadáveres de migrantes dentro de un camión donde a primera vista— podría conjeturarse que quien conducía el vehículo no tenía intención de producir ese resultado.³⁷ Finalmente, este tipo de delitos se proyectan más allá de aquellos que producen un resultado mortal ya que también nos impactan como odiosos casos de abusos de menores, estafas masivas a adultos mayores o cualquier persona especialmente vulnerable, —personas con discapacidad psicosocial o intelectual, en situación de extrema pobreza, etcétera—.

El debate sobre la repugnancia es amplio y complejo ya que no solo trasciende las fronteras de la filosofía práctica, sino que también provoca constantes problemas metodológicos al entrecruzarse los planos explicativos y justificatorios.³⁸ Por ello, aquí ofreceré solo un análisis parcial a la luz de algunas ideas bien conocidas que conectan a la repugnancia con el castigo penal y señalaré que esa emoción tiene que ser cuidadosamente ponderada a los efectos de evitar un castigo penal basado en prejuicios y estereotipos.

³⁵ Reamer, *Heinous crime: Cases, Causes, and Consequences*, p.4.

³⁶ *Ibid.*, pp. 1-3.

³⁷ V. para más información: https://elpais.com/internacional/2019/10/23/actualidad/1571820020_804808.html.

³⁸ La discusión contemporánea acerca de la repugnancia se reavivó con el libro de Ian Miller, *The Anatomy of Disgust*. Kahan tomó esta obra como base para extraer ciertas consecuencias para el derecho penal. V. ara una discusión sobre ello, Kahan, *The Anatomy of Disgust” in Criminal Law*”, en *Michigan Law Review* ; Abrams, *op. cit.*, y Nussbaum, *op. cit.*

Lord Devlin, en su influyente ensayo *The Enforcement of Morals* de 1957 sostuvo que la moral de una cierta comunidad tiene que ser protegida por el derecho penal de esa sociedad y subrayó que la repugnancia que manifiestan los miembros de cierta comunidad es una razón para ilegalizar la conducta que la ocasiona. Esta emoción de la comunidad debe protegerse, bajo riesgo de disolución de los vínculos sociales, incluso cuando no se refieren a hechos dañinos.³⁹ Sin duda, las réplicas de H.L.A Hart han marcado el debate contemporáneo sobre la legitimidad del reproche penal en casos que no resultan en un daño a terceros y la conexión entre la imposición de la moral y la cohesión social.⁴⁰ Sin embargo, como respuesta al desafío de Devlin y en paralelo a los temas abordados por Hart, se consolidó una agenda de debate sobre la repugnancia, la imposición de la moral y el castigo penal. En este sentido, son méritos de Martha Nussbaum haber puesto la atención sobre el papel de la repugnancia y haber destacado que, sin una clara comprensión de esta emoción, su naturaleza y límites, el planteo de Devlin carecería de una respuesta completa.

Martha Nussbaum, siguiendo la definición dada por Paul Rozin, sostiene que la repugnancia posee un contenido cognitivo complejo centrado en la idea del *contaminante*.⁴¹ Así, la repulsión es definida como: “Repulsión a la perspectiva de la incorporación (oral) de un objeto ofensivo. Los objetos ofensivos son contaminantes; es decir, si toman contacto incluso brevemente con alimentos aceptables los vuelven inaceptables.”⁴²

Los objetos deben verse como contaminantes y no solamente como inapropiados. También deben diferenciarse de los objetos peligrosos o de aquellos que nos disgustan —*distaste*—. Para esta autora, la repugnancia se refiere a la reacción

³⁹ Cf. Nussbaum, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁰ Cf. Hart, “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, en *University of Chicago Law Review*, pp. 1-13 y V. Hart, *Law, Liberty and Morality*.

⁴¹ El contenido cognitivo es un rasgo común a las emociones; sin embargo, en este capítulo no profundizaré sobre cuáles son las características de las emociones en general. Tampoco entraré en la discusión sobre cuál es la mejor manera de entender las emociones (teorías cognitivas, mecanicistas o mixtas). V. al respecto, entre muchos otros: González Lagier, *Emociones... cit.*; Manrique, *op. cit.*

⁴² Nussbaum, *op. cit.*, p. 107.

frente a la incorporación —ingesta— de una sustancia contaminante. Los objetos contaminantes se vinculan a los animales y los productos derivados de ellos, bajo la idea de que si los incorporamos nos veremos reducidos a la condición animal. También son centrales para la repugnancia la descomposición y los desechos, como son los cadáveres y las heces, ya que muestran una dimensión de mortalidad, típica de la naturaleza animal.⁴³

Sin dudas, esta primera reconstrucción de la repugnancia no da cuenta directamente del modo en que esta noción puede ser utilizada en el debate sobre la moral y el derecho penal. Para superar esta limitación resulta tentador asumir una cierta conexión entre repugnancia y trasgresión. Así, esta conexión normativa entre la repulsión y el quebrantamiento de códigos o reglas reforzaría nuestra convicción de la necesidad de castigar aquello que produce repugnancia. Sin embargo, como señala Nussbaum, esa asociación es posible solo porque la noción central de la repugnancia como contaminación física se hace extensiva a otros objetos a través del mecanismo de la “contaminación psicológica”. Este tipo de contaminación se produce mediante varias reglas. Una de ellas es la *ley del contagio*; esta indica que las cosas que han estado en contacto con la sustancia contaminante también se contaminan.

Los objetos centrales o primarios de la repugnancia son recordatorios de la vulnerabilidad y de la mortalidad animal. Pero a través de la ley del contagio todo tipo de objetos se vuelven contaminantes potenciales. La extensión de la contaminación está mediada por el trazado de límites sociales, con el resultado de que lo repugnante es sólo lo que transgrede esos límites.⁴⁴

La segunda regla por la que se amplía el uso de la repugnancia es la *ley de la similitud*. “Si dos cosas son similares, se considera que la acción que se realiza sobre una (es decir, contaminándola) afecta a la otra”.⁴⁵

⁴³ *Ibid.*, pp. 108-109. A lo largo del libro se dan numerosas razones y se describen investigaciones experimentales que la sostienen. No me detendré aquí en ellas.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 115.

⁴⁵ *Id.*

La repugnancia... es, por lo tanto, un vehículo especialmente poderoso de enseñanza social. A través de la enseñanza relativa a la repugnancia y sus objetos, las sociedades transmiten de modo potente actitudes hacia la condición animal, la mortalidad y aspectos relacionados al género y sexualidad.⁴⁶

La poderosa intuición subyacente es que contemplamos las cosas repugnantes como algo impropio de nuestra condición humana. Por ello, ante un crimen que nos parece abominable podemos reaccionar señalando que cierto individuo se ha comportado “como un animal”. Por esta razón, aunque el núcleo primario de significación de la repugnancia parece alejado de la discusión sobre la moral y el derecho penal, las reglas de transformación —la ley del contagio y la ley de la similitud— permiten extender la aplicación de la palabra a situaciones en las que aquellas cosas repugnantes —como los crímenes odiosos— nos revelan una profunda fractura entre “nosotros” y “ellos”, entre quienes mantenemos nuestra humanidad al evitar las trasgresiones contaminantes y aquellas conductas salvajes que se sitúan en un plano animal.

La repugnancia debe distinguirse de otras emociones como la ira o la indignación, pero no me detendré aquí en este punto. Basta con señalar que esas últimas emociones no se fundan en la idea de contaminación sino por el hecho del que se han producido —o por el cual se percibe que se han producido— un daño o un mal. Esta es una base para la regulación jurídica. En cambio, la repugnancia se basa en un pensamiento mágico y no en un peligro real; es insensible a la información ya que gira en torno al deseo de ser algo que no somos, —por ejemplo, seres inmortales desprovistos de animalidad—.

Sin embargo, los límites entre repugnancia e indignación pueden ser borrosos ya que la repugnancia se reviste de cuestiones moralizantes. En ocasiones, los términos moralizantes parecen ocultar la repugnancia que el sujeto, supuestamente horrible, produce.⁴⁷ De ese modo, la repugnancia se presenta bajo una terminología

⁴⁶ *Ibid.*, p. 118.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 120-130.

aceptable, destacando el daño que producen ciertas acciones, pero ocultando que el verdadero fundamento es una actitud de asco o repulsión.⁴⁸

Hasta aquí, siguiendo el clásico trabajo de Nussbaum, he intentado (i) ofrecer caracterización de los crímenes odiosos a partir de su naturaleza repugnante y (ii) suministrar razones para evitar utilizar a la repugnancia como base del reproche penal. Finalmente, dado que más adelante analizaré un caso de amplia repercusión por su naturaleza odiosa, también son especialmente relevantes tres ideas que introduce Nussbaum acerca de la repugnancia, los jurados —aunque podemos extender sus palabras a las y los jueces— y los homicidios abominables.⁴⁹ Estos son casos donde el jurado debe identificar si un determinado homicidio es “especialmente vil, horrible e inhumano”. La autora sostiene que a pesar de que no se mencione el término “repugnancia”, los jurados se preguntan sobre sus reacciones de repugnancia cuando deben considerar circunstancias agravantes.

- A. En este escenario, un primer problema es que el lenguaje es muy vago y abstracto y que cualquier persona podría ver a un homicidio como un hecho “vil, horrible o inhumano”, dejando abierta un importante factor de arbitrariedad al momento de la aplicación del castigo penal.⁵⁰ La autora afirma: “Es la condición de sangriento lo que suele provocar repugnancia, pero muchos homicidios especialmente viles no involucran estos rasgos y varios que los presentan resultan viles solo en el sentido que cualquier homicidio lo es”.⁵¹
- B. Otro problema es que las reacciones de repugnancia pueden verse magnificadas si el acusado no genera empatía al jurado o a la jueza o

⁴⁸ Por estas diferencias estructurales es que Nussbaum sostiene que, aunque la ira y la indignación puedan ser reacciones equivocadas o sobre situaciones equivocadas si ello se corrige puede haber un acuerdo común y pueden ser esgrimidas públicamente como razones para dar fundamento a ciertas políticas. Sin embargo, esto no sucede con la repugnancia.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 194-203.

⁵⁰ En algunos Estados de Estados Unidos esta calificación da lugar a la aplicación de la pena de muerte. No me detendré aquí en los problemas que identifica Nussbaum sobre este punto.

⁵¹ *Ibid.*, p. 195.

juez.⁵²; “[...] las apelaciones a la monstruosidad y a la repugnancia del delito del criminal distancian al jurado del acusado, al pedirle que lo vea absolutamente como un ‘otro’. Tales apelaciones pueden entrar en colusión con prejuicios previos de modo infortunado, alentando la demanda de un castigo extremo”.

- C. La repugnancia impulsa a dudar de la capacidad mental del individuo. Esta dificultad se vincula de manera directa con el contenido cognitivo de la repugnancia ya que coloca al objeto de la repugnancia a la distancia y traza un límite. “Le imputa al objeto ciertas propiedades que hacen que ya no sea miembro de la propia comunidad o mundo del sujeto, sino una especie de cosa extraña [...] A menudo nos decimos que los que perpetran horribles males son monstruosos, que no se parecen a nosotros en ningún sentido”.⁵³

En definitiva, mientras más odioso o repugnante nos parezca el hecho más difícil es identificar al imputado como un agente que merezca las sanciones identificadas para personas responsables.

Este breve análisis de la naturaleza de la repugnancia tenía por objeto ayudarnos a comprender las bases emocionales que determinan nuestra reacción frente a determinados hechos. Dado que, en el derecho penal contemporáneo, el castigo tiene que ser una función de aquello que efectivamente hace el agente, ahora estamos en mejores condiciones para abordar el modo en que nuestras emociones exigen una transferencia desde aquello que nos parece odioso a aquello que se hace “por odio”.

IV. Emociones y estereotipos

Como hemos visto anteriormente, las emociones inciden en nuestro comportamiento. Ellas se conectan de manera interna con nuestros deseos y nos proporcionan

⁵² *Id.*

⁵³ *Ibid.*, p. 196.

razones —aunque no siempre sean buenas razones— para nuestras acciones. Pero, al margen de esta conexión directa entre emociones y *determinantes internos* de las acciones, las emociones inciden de diversa manera en la formación y reproducción de los estereotipos, que pueden ser vistos como *determinantes externos* de nuestra conducta.

Sin duda, las emociones promueven ciertas generalizaciones que cristalizan una determinada forma de representar —acertada o erróneamente— la realidad. Por ejemplo, la *repugnancia* estaba en la base de la propaganda nazi para presentar a los judíos como seres blandos, pegajosos, receptivos de fluidos y afeminados, o como seres a medio camino entre animales y humanos.⁵⁴ A su vez, la conexión entre emociones y estereotipos se manifiesta en el modo en que evaluamos a ciertas personas. Así, ciertas acciones nos repugnan tanto, que catalogamos a quienes las realizaron como seres distintos a nosotros —“monstruos”, “bestias”, “animales”—. Por ejemplo, Juan Carlos Hernández Bejar y Patricia Martínez Bernal fueron llamados por la prensa los “monstruos de Ecatepec” cuando se descubrió que habían cometido homicidios —incluido el de una niña de 10 años— y que además no solo les infligían a sus víctimas tormentos abrumadores —violaciones, mutilaciones, etcétera— sino que también ocasionalmente incurrían en prácticas caníbales.

¿En qué medida está justificado atribuir responsabilidad penal cuando nuestras emociones se entrelazan con los estereotipos? Aquí solo esbozaré un esquema de respuesta a esta interrogante. La idea que sostendré es que incluso en aquella versión en la que se puede rescatar aspectos positivos de esta especie de generalizaciones, su incorporación en una decisión judicial es problemática. Defenderé la idea de que, quienes juzgan en ningún caso estarán autorizados a utilizar estereotipos, incluso cuando ellos se apoyen en una base estadística o sean “estereotipos sostenibles”.⁵⁵

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 130-138.

⁵⁵ V. para un desarrollo del vocabulario y discusión general sobre el tema, Arena, “La domesticación de los estereotipos. Algunas consideraciones sobre su incidencia en el razonamiento probatorio”, en *Pensar la Prueba*, pp. 23-50; Arena, “Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los

Siguiendo a Federico Arena, es necesario distinguir entre estereotipos normativos y descriptivos.⁵⁶ En gran medida, la distinción entre ambas categorías depende del modo en que se articula la relación entre el lenguaje y el mundo. En un famoso ensayo, Anscombe señala que la diferente “dirección de ajuste” entre mundo y lenguaje es crucial para comprender qué distingue a las normas de las descripciones.⁵⁷ Al respecto, Moreso y Vilajosana señalan que

[...] las aserciones tienen una dirección de ajuste *palabra-a-mundo*, las prescripciones tienen una dirección de ajuste *mundo-a-palabra*. Tal vez así se comprenda que las aserciones puedan expresar el contenido de *creencias*, mientras las prescripciones expresan el contenido de *deseos*. Expresar el contenido de una creencia es un requisito para que una emisión lingüística sea apta para la verdad. El contenido de un deseo, por el contrario, no trata de representar cómo es el mundo, sino cómo debe ser el mundo. En este sentido, mientras las aserciones son aptas para ser verdaderas o falsas, las prescripciones están en condiciones de ser eficaces o ineficaces: eficaces si el mundo llega a ser de la manera que ellas establecen o ineficaces en el caso contrario.⁵⁸

Conforme a esta idea, el componente normativo de ciertos estereotipos se muestra en el ajuste que se pretende en la atribución de una determinada categoría. En este caso, la “dirección de ajuste” va desde el grupo social al estereotipo. Es decir, los individuos *deben* ajustar su comportamiento para incorporarse a un determinado estereotipo que le corresponde.⁵⁹

Los *estereotipos normativos* establecen pautas, más o menos rígidas, acerca del papel —rol— que una determinada categoría de personas deben asumir.⁶⁰ El estereotipo normativo, además de incluir a los individuos en una categoría, le asocia

estereotipos”, en *Derecho y Control*; Arena, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, pp. 51-75.

⁵⁶ V. los títulos de Arena mencionados en la n. 55, para el desarrollo de las nociones que se desarrollan a continuación.

⁵⁷ V. Anscombe, *Intención*.

⁵⁸ Moreso y Villasajona, *Introducción a la teoría del derecho*, pp. 64-65.

⁵⁹ Cf. Arena, “Los estereotipos...cit”.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 64.

ciertos papeles o pautas que los individuos pertenecientes a la clase deben cumplir.

Estos estereotipos poseen dos características. Ellos son convencionales y constitutivos.⁶¹ Estos estereotipos, cuando son internamente aceptados por los miembros del grupo, ayudan a determinar la identidad del grupo. En este caso, la actitud crítico-reflexiva de los miembros de la comunidad muestra un modo de reconocer que un grupo de individuos *cuenta como* —pertenecen a— una determinada clase. Desde un punto de vista convencional, nadie cuenta “realmente” como miembro de un determinado grupo si no reúne las características que señala el estereotipo. Quienes se apartan de ese estándar no son vistos como desobedientes sino como “ajenos” a esa comunidad.

Es necesario destacar, que al igual que ocurre con cualquier pauta social, los estereotipos pueden verse no solo desde un aspecto interno, que se produce cuando los participantes de la práctica aceptan las reglas que constituyen y reproducen el estereotipo. Más bien, un estereotipo normativo puede ser opresivo en dos sentidos: el primero, en sentido externo, “cuando se intenta imponer a un grupo un estereotipo externamente convencional”.⁶² Un ejemplo de este tipo de opresión es la noción de que: “las mujeres deben hacerse cargo del hogar”; pero puede ocurrir que una cierta persona, llamémosle Flavia, que se identifica como mujer no quiere hacerse cargo de las tareas domésticas. Por eso su comportamiento es identificado como “desajustado” dada su pertenencia al grupo de las mujeres y, en segundo lugar, en sentido interno, es opresivo “cuando se intenta imponer a un individuo, miembro del grupo, un estereotipo internamente convencional”. En la medida en que el estereotipo impone un papel a desempeñar, los miembros del grupo asumen esa función y obtienen en su participación una “recompensa”, pero los fracasos en el desempeño de un papel —rol— tienen consecuencias desagradables, que *determinan* a cumplir la función. Pueden tener esa fuerza incluso frente a —o en contra de— otras motivaciones independientes del agente. Así, como recuerda Von Wright,

⁶¹ No elaboraré estas categorías, para ello Cf. ,el desarrollo de Arena, *op. cit.*

⁶² *Ibid.*, p. 72.

[...] un componente esencial de este enfoque es que los roles cuenten con un aura de presión normativa, que cuando sea preciso, haga a la gente cumplir con su papel – quizá un tanto “contra su voluntad”, pero aun así de acuerdo con sus deseos, no sea que a uno le caiga encima algo desagradable.⁶³

En conclusión: “El problema con los estereotipos se presenta entonces cuando imponen una elección normativa identitaria a un grupo o a un individuo que la resiste, afectado así su propia identidad o autonomía”.⁶⁴ Los denominados *estereotipos descriptivos* pretenden ofrecer cierta información acerca del mundo y atribuyen ciertas propiedades a un determinado grupo. La dirección de ajuste en este caso va desde el estereotipo al grupo; es decir, el estereotipo sería falso si es que la característica atribuida no se verifica en el grupo estereotipado, aunque ello no quiere decir que todos los miembros del grupo la posean —o la posean en igual grado—. En palabras de Arena: “Desde el punto de vista cognitivo, aun cuando el estereotipo sea correcto respecto del grupo, no tiene sentido mantenerlo frente a un individuo que demuestra no satisfacerlo, salvo que tengamos otras razones para dudar de nuestra capacidad perceptiva actual”.⁶⁵

Parece claro que se puede distinguir entre una dirección de ajuste general y otra individual de los estereotipos. La general se refiere al estereotipo respecto del grupo y la individual apunta a la corrección que existe entre la utilización del estereotipo y la persona individual que pertenece a la clase asociada al estereotipo. En el caso de que no se dé la primera, dirección de ajuste, presiona para abandonar la utilización del estereotipo y en caso de que no se dé la segunda, dirección de ajuste individual, surge una presiona para que abandonemos la utilización del mismo sobre el sujeto particular.⁶⁶

Así los estereotipos descriptivos pueden evaluarse conforme a si tienen o no tienen apoyo estadístico. Si hay datos estadísticos que refutan el estereotipo o que no

⁶³ Von Wright, “Determinism and the Study of Man”, en *Philosophical papers of Georg Henrik von Wright*, p.48.

⁶⁴ Arena, “Los estereotipos...cit”, p. 72.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 58.

⁶⁶ *Id.*

tienen apoyo estadístico pueden considerarse *falsos*; o se consideran insostenibles cuando no existen datos estadísticos para evaluar la verosimilitud del estereotipo. Por otro lado, un estereotipo puede considerarse sostenible cuando existe un apoyo estadístico que asocia a los miembros de un grupo una determinada característica que efectivamente posee, aunque haya algunos miembros del grupo que no posean la característica.⁶⁷

Ahora, analizaré un caso de gran relevancia en Argentina, con las herramientas dadas por la caracterización de los estereotipos en general y la emoción de la repugnancia como factor de presión para la utilización del estereotipo.⁶⁸

V. La presión de lo odioso sobre el odio

En esta sección sostendré que para una correcta aplicación de la agravante por odio no basta que un delito sea odioso —es decir, que la comunidad o las personas que juzgan reaccionen con repugnancia— sino que es preciso dar primacía a los estados mentales que determinaron la conducta del agente.⁶⁹

Para ejemplificar este riesgo de deslizarnos desde los delitos odiosos a los delitos por odio utilizaré un caso importante en Argentina, el llamado *Caso Sacayán*. Este caso es trascendente, entre otras cosas, porque reunió un amplio conjunto

⁶⁷ *Id.* El problema de utilizar estereotipos sostenibles como fundamento de las decisiones judiciales posee el mismo problema de la prueba estadística. Los grandes problemas (aunque no los únicos) de este tipo de razonamiento para las decisiones judiciales son lo que se llama la clase de referencia; es decir para tomar una decisión un cierto caso o individuo se puede caer bajo diversas clases de referencias, por ejemplo, el de ser una mujer travesti, o el de ser militante o ser una persona nacida en provincia de Buenos Aires y la “*naked statistics evidence*”. Para una reconstrucción de los problemas vinculados a la prueba estadística, Cf. <https://plato.stanford.edu/entries/legal-probabilism/>; Enoch *et al.*, “Statistical evidence, sensitivity, and the legal value of knowledge”, en *Philosophy & Public Affairs*, pp. 197-224; Enoch y Fisher, “Sense and sensitivity: Epistemic and instrumental approaches to statistical evidence”, en *Stanford Law Review*, pp. 557-611.

Un estereotipo sostenible apuntala en el mejor de los casos que una persona que posee tal característica tiene una x probabilidad de que posea también la otra característica asociada al estereotipo.

⁶⁸ El mismo ejercicio podría trasladarse a otros casos en diferentes lugares.

⁶⁹ Creo que también es una razón para que el legislador escoja un sistema donde los estados mentales son relevantes. Sin embargo, no argumentaré aquí sobre este punto. Para ello, V. Manrique, “Delitos...*cit*”.

de características que generaron una enorme repercusión.⁷⁰ Por ejemplo, Diana Sacayán, era una reconocida militante del colectivo LGTBI y su muerte fue rápidamente asociada a esa trayectoria personal de la víctima. Desde un punto de vista jurídico, el caso es notable porque en la sentencia condenatoria —considerada por muchos agentes sociales como trascendente o histórica— se aplica por primera vez en Argentina la agravante de odio a la identidad género, acuñándose para estas circunstancias específicas, el término “travesticidio”.⁷¹

Diana Sacayán fue asesinada en su domicilio el 11 de octubre de 2015. Su cuerpo fue hallado amordazado y atado de pies y manos. En el lugar de los hechos se encontró una tijera, un martillo y un cuchillo ensangrentado con hoja de 20 cm, que había sido utilizado en el homicidio. La víctima presentaba heridas punzo cortantes. Luego de casi tres años de proceso, el 18 de junio de 2018, Gabriel David Marino fue hallado responsable de la muerte de Sacayán y condenado por el delito de homicidio doblemente agravado por el odio a la identidad de género y por haber mediado violencia de género.⁷²

En la reconstrucción del caso, en el voto mayoritario —formado por el pronunciamiento de los magistrados Calvete y Báez— se encuentra no sólo una

⁷⁰ La repercusión mediática (prensa y redes sociales) puede apreciarse fácilmente en internet. Por ejemplo, la expresión “Diana Sacayán” está asociada en Google a más de 30.000 resultados, la mayoría de los cuales fueron publicados entre el momento de su homicidio y los meses posteriores a la condena de Marino. En México, aunque los delitos cometidos por odio no están regulados, podría verse la incidencia de lo odioso en casos como el de los llamados “Monstruos de Ecatepec” donde una pareja fue condenada a 327 años de prisión por haber cometido 7 femicidios entre otros delitos. La pareja violaba, degollaba, desollaba y descuartizaba a sus víctimas para, en algunas ocasiones, comérselas. Independientemente de que los hechos sean calificados como femicidio, el rechazo y desagrado que generaron en la prensa y la comunidad en general puede advertirse no solo por lo escabroso de los relatos sino también por el calificativo de “monstruos” con los que lo identificaban tal como afirmaba en párrafos anteriores Martha Nussbaum. V. para más información <https://www.eluniversal.com.mx/tag/monstruo-de-ecatepec> https://elpais.com/internacional/2019/06/19/mexico/1560977540_259019.html

⁷¹ La sentencia luego fue revocada por la Cámara de Casación por entender que el hecho no había sido cometido con odio, pero confirmaron la condena por otra de las agravantes del código penal argentino, cuando mediere violencia de género.

⁷² La sentencia del Tribunal Oral Núm. 4 de la Ciudad de Buenos Aires fue firmada por Adolfo Calvete como presidente del Tribunal y los vocales Julio Báez e Ivana Bloch. Sin embargo, la magistrada Bloch disiente del encuadre jurídico ofrecido por sus colegas, negando que, en este caso, hubiese bases suficientes para aplicar la agravante de odio a la identidad de género. La sentencia es extensa y se debaten un gran número de cuestiones que no trataré aquí.

presentación de “datos brutos” sino que se realizan algunas afirmaciones que van más allá de la mera descripción de la información sobre la cual se juzgará el caso. Algunas de esas afirmaciones eran, por ejemplo, que la víctima⁷³ “Presentaba certeros signos de haber sido víctima de un hecho cometido con un alto grado de violencia, lo que fue ratificado, luego, con el informe de autopsia”, o que las lesiones infringidas a Diana Sacayán fueron de “extrema brutalidad, insensibilidad y, por su pluralidad y especificidad, dirigidas a marcar el rasgo específico típico del odio”.⁷⁴

A pesar de la contundencia de estas afirmaciones no hay en la descripción de los hechos un criterio que permita determinar el “alto grado” de violencia y tampoco se encuentra en los fundamentos de sus votos nada que explique las razones del homicidio —el odio—. Así, por ejemplo, el tribunal no se preocupa en mostrar por qué las lesiones que presentaba Sacayán son muestra de una violencia cualitativamente diferente a otros hechos cometidos con la misma arma. De igual modo, no queda claro a qué se refiere el tribunal cuando afirma que, “las circunstancias del contexto y modo de comisión del hecho permitieron suponer” que el homicidio estuvo determinado por la condición de mujer trans de la víctima.⁷⁵

Para el magistrado Calvete, la manifestación más evidente del odio a una persona travesti es mediante las lesiones que se provocan en la víctima. A su vez, para el magistrado Báez, que se haya matado a Sacayán en su hogar y el lugar de la casa donde estas fueron realizadas —el dormitorio— no solo muestra que hubo odio en la conducta de Marino, sino que también prueba que él quería matar a Diana por pertenecer y militar en el colectivo travesti. A continuación, señalaré brevemente algunos problemas de las ideas de ambos magistrados.⁷⁶ Aquí solo me detendré en lo que es relevante para la idea que pretendo mostrar. Esto es, que la

⁷³ Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Núm. 4 de la Capital Federal (Argentina). Sentencia dictada 18/06/2018. Fecha de los fundamentos 06/07/2018. Causa número: 62.162/2015. En adelante: STO N°4, 2018, 3. Sentencia Completa Disponible en <https://fislem.org/wp-content/uploads/2019/04/Fallos-Sacayan.pdf>.

⁷⁴ STO N°4, 2018, p. 175.

⁷⁵ *Ibid.*, p.3.

⁷⁶ En otro lugar desarrollé una reconstrucción y crítica más detallada a sus argumentos (Cf. Manrique, “¿Debe probarse el odio? Consideraciones acerca de la sentencia del caso Diana Sacayán”, en *Quaestio*

utilización de estereotipos no es adecuada en las decisiones judiciales, incluso en aquellos casos donde se posee un estereotipo con base cognitiva.

Para el juez Calvete, el odio de Marino se muestra en el método elegido para causar la muerte, ya sean los golpes como así también el arma blanca para ocasionarle el deceso. Se resalta el hecho de que Diana recibió trece puñaladas en distintas partes del cuerpo y con diferente profundidad, de las cuales dos de ellas fueron mortales. También se destacan los diferentes golpes recibidos en los brazos, en el rostro y en otras partes del cuerpo junto a cierta asfixia generada por las ataduras tipo mordaza. Para este magistrado, esos rasgos específicos son la muestra de que el homicidio fue cometido con odio hacia la identidad de género —travesti—. Pero no hay un análisis que pretenda mostrar el estado mental de Marino al momento de cometer el homicidio. Como muestra de esta despreocupación, los fundamentos de la sentencia solo se refieren a las pericias psicológicas destinadas a probar que el sujeto comprendía la criminalidad del acto y estaba en condiciones de someterse al juicio.⁷⁷

Por supuesto, como una cuestión de hecho, también podría haberse establecido que Marino en general odiaba a cierta clase de personas —por ejemplo, las personas travestis—, pero ello todavía sería insuficiente para justificar que Marino mató a Diana Sacayán *por el odio* que poseía a esa clase de personas. Es decir, para que el tribunal pueda aplicar correctamente la norma del 80 inc. 4 del código penal argentino debería mostrar que Marino mató a Sacayán *por el odio* que sentía y que la razón de este odio estaba ocasionada por la identidad de género de Sacayán. En la sentencia se echa en falta un análisis más pormenorizado sobre las razones para fundamentar ambas tesis.⁷⁸ El hecho de que, al menos en los fundamentos

Facti, pp. 411-441.. Tampoco me detendré aquí en el análisis del voto en disidencia de la Magistrada Ivana Bloch.

⁷⁷ STO N°4, 2018, pp. 191-192.

⁷⁸ También podría suceder que Marino odiase a Diana Sacayán por alguna razón diferente a su identidad de género y que la matase por ello. Esto sería irrelevante para agravar su conducta. Nuestro código penal limita las razones por las cuales el odio es considerado una agravante. Así, por ejemplo, el odio entre Montescos y Capuletos en la tragedia de Shakespeare sería irrelevante para agravar la conducta. V. para una discusión de por qué el Estado elige ciertos motivos Díaz López, *op. cit.*; Kahan, “Two Liberal Fallacies...*cit*”.

de la sentencia, no surja un claro interés por el estado psicológico de Marino, o por mostrar que él ya había realizado otras conductas explicadas por el odio, da una pauta de que Calvete no consideró como relevante el efectivo estado mental del sujeto al momento de actuar. En resumen, aunque está claro que Marino mató a Sacayán, el argumento del tribunal es insuficiente para mostrar que lo hizo *por odio* a la identidad de género.

Conforme al argumento de Báez, el odio de género se muestra no solo en que el homicidio fue cometido en el hogar de la víctima, sino que le añade valor negativo que el hecho se haya producido, al menos en parte, en la habitación de la víctima. Existen dos problemas vinculados entre sí y relacionados con las máximas de experiencia que Báez parece haber incorporado en su argumento y que tienen por función conectar el hecho de la muerte y el motivo por odio.⁷⁹ En primer lugar, no existe una explicitación de las máximas tenidas en cuenta acerca de la experiencia.⁸⁰ Esta carencia hace más difícil el control de su razonamiento. Dado que esas máximas pueden fundarse en leyes científicas, leyes probabilísticas, meras generalizaciones, estereotipos o prejuicios de diferente clase, sin una explicitación de ellas no podemos estar seguros de a qué ámbito pertenecen las utilizadas por el magistrado e identificar el mejor modo de controlarlas o corregirlas.

En segundo lugar, si asumimos que la máxima de la experiencia es algo así como “aquellos homicidios que se cometen en el hogar de la víctima, y en particular en su habitación suelen reflejar un odio a la identidad de género” no parece haber razones epistémicas que fundamenten la máxima. Más bien, si se incorpora ese dato como relevante, podrían elaborarse una serie de conjeturas alternativas que sean plausibles —por ejemplo, que había una relación mínima de confianza entre víctima y victimario—, pero nada de ello fue evaluado ni descartado en el debate. Por otro lado, si tomamos en consideración los rasgos facilitados por el informe de la CIDH sobre violencia contra las personas LGTBI puede fundarse

⁷⁹ V. Tuzet, *Filosofía della prova giuridica*, cap. XVI.

⁸⁰ Las máximas de la experiencia plantean problemas o discusiones centrales por sí mismas. No me detendré aquí en este punto. V. Tuzet, *op. cit.*

una máxima opuesta que afirma que ciertos homicidios de odio suelen producirse en descampados y contra personas que el victimario no conocía.

Finalmente, el voto mayoritario parece asumir que Marino sentía repugnancia por la identidad travesti de Sacayán y que, por esa razón, despliega su odio de manera brutal. De esta manera, la repugnancia que el tribunal siente por el hecho —que algunos medios calificaron como una “exhibición de atrocidad”—⁸¹ se “proyecta” y se convierte en la base para señalar que Marino actuó por su odio a una identidad que le resultaba repulsiva.

Así, el magistrado Báez afirma que está convencido de que el odio a la identidad de género se puede encontrar en “su abominación sobre el cuerpo transexual de Sacayán”. Como prueba de su tesis ofrece un excursus sobre el cuerpo como entidad social, cultural y política, afirmaciones sobre el modo en que la sociedad patriarcal influye e incorpora sus normas, estereotipos y expectativas a través de los cuerpos de hombres y mujeres, etcétera. En este panorama, la cosificación del cuerpo femenino y transexual forman parte de las relaciones de dominio que propone el patriarcado.⁸² Para el magistrado, Marino formaba parte de este entorno “cosificador” porque se abastecía de manera cordial con quienes le suministraban dinero, pero reaccionaba con odio ante la negativa a otorgarle ese suministro; este odio se potenciaba por la pertenencia de Diana Sacayán al colectivo donde militaba.⁸³ Báez afirma que Marino, de alguna manera, cosifica a las personas porque se relaciona con ella con el interés de beneficiarse económicamente.⁸⁴ El juez concluye sus argumentos afirmando que:

La precariedad en las normas de género se ve de manera palmaria en la tirria que Marino evidenció por Sacayán al momento del suceso. Este extremo se corresponde

⁸¹ Infobae lo identificó como una “exhibición de atrocidad”. Disponible en <https://www.infobae.com/sociedad/2016/11/09/diana-sacayan-los-aberrantes-dichos-de-su-novio-que-ira-a-juicio-por-asesinarla/>

⁸² Cf. STO N°4, 2018, pp. 200-204. De nuevo, creo que las afirmaciones de este vocal incluso cuando son verdaderas, son irrelevantes para el cuerpo de una sentencia.

⁸³ *Ibid.*, p. 203.

⁸⁴ Esto parece verosímil, según surge de los testimonios incorporados en la causa. Sin embargo, ello muestra que Marino instrumentalizaba a las personas en general, y no solo a aquellas que pertenecen a un colectivo determinado; tampoco muestra que odiase ni a las personas en general ni a un colectivo en particular.

con el burdo y petiso escalón de la deficiencia en que viven las integrantes del colectivo transexual quienes están expuestos a un elevado riesgo de maltrato, de patologización y violencia (Butler...)

La inmediatez permitió demostrar... que Marino efectivizó un ataque compartido contra una mujer que...se afiliaba en un segmento de la población de vida precaria y subyugada, donde el compromiso institucional de cuidado se ha vuelto laxo, desatendido y con una exposición a la muerte o a la desaparición prematura que puede asemejarse a una suerte de racismo sistemático o abandono calculado (Butler...).⁸⁵

Tal vez, algunas de estas asunciones pueden explicarse —aunque no justificarse—⁸⁶ por el objetivo de proteger a un colectivo que ha sido históricamente y, sigue siendo, muy vulnerable. El juez afirma que las personas trans/travestis cuando mueren asesinadas, mueren más jóvenes que el resto de personas y también son asesinadas brutalmente, por cuestiones de odio más a menudo que el resto.⁸⁷ Estas serían dos máximas de la experiencia basadas en estereotipos descriptivos asumidos por el magistrado. Sin embargo, el argumento así entendido tiene dos tipos de problemas. En primer lugar, el estereotipo no es sostenible. Existe una idea generalizada de que las mujeres trans/travestis tienen un promedio de vida de 35 años, sin embargo, esto es equivocado. La confusión surgió del informe de la CIDH en la que se analiza los casos de 594 homicidios cometidos contra algún miembro —o persona que se percibió como miembro— de la comunidad LGBTI; en donde 282 de los homicidios eran sobre personas trans/travestis y el 80 % de ellas tenía menos de 35 años al momento de morir. Ello muestra que las mujeres

⁸⁵ STO N° 4, 2018, pp. 203-204. El voto del magistrado en lo que respecta al fundamento del agravante por odio de género continua algunas páginas más. Sin embargo, no creo que el contenido de las páginas siguientes añada algún dato positivo para justificar la sentencia. Así, por ejemplo, no es relevante las acciones de eugenesia que realizaban los nazis, o si el magistrado escribió un artículo afirmando la igualdad de los derechos y tolerancia [sic] que debemos predicar hacia el colectivo trans, o si hay un derecho procesal de dos velocidades, o la utilidad del lenguaje natural.

⁸⁶ Para la diferencia entre explicación y justificación, véase: Hempel, *La explicación científica: estudios sobre la filosofía de la ciencia*, p. 332 y ss.

⁸⁷ V. el informe de la CIDH párr. 16. Al resaltar este malentendido no quiero negar de ninguna manera que el colectivo LGBTI, en particular los colectivos trans/travestis, sean especialmente vulnerables. Para el desarrollo de esta idea, Cf. <https://magnet.xataka.com/preguntas-no-tan-frecuentes/personas-trans-no-tienen-esperanza-vida-inferior-a-35-anos-digan-medios>.

trans/travestis, cuando son asesinadas en general tienen menos de 35 años, pero no que el promedio de vida general sea de 35 años. Por ello, en el caso de Sacayán creo que se utiliza un estereotipo pretendidamente con base estadística pero falso. Esto es, que las personas travestis tienen un promedio de vida de 35 años y que cuando mueren su muerte es resultado de un delito de odio.

La otra cuestión es que incluso si el estereotipo hubiese tenido base estadística no se da la dirección de ajuste individual en el caso particular de Diana Sacayán. La información dada por un estereotipo sostenible no sustituye una tarea fundamental para la justificación de una decisión: el juez tiene que mostrar que esa generalización también es verdadera para el caso individual de la muerte de Diana Sacayán.⁸⁸ Sin embargo, el argumento parece asumir que la generalización encierra una verdad innegable. Lo anterior, se argumenta del siguiente modo: las personas trans/travestis mueren jóvenes; cuando son asesinadas —que es una importante razón por la cual mueren jóvenes—, se debe a cuestiones de odio; dado que Sacayán era una mujer travesti, entonces murió asesinada por cuestiones de odio.

En primer lugar, la utilización del estereotipo sin corroboración perjudica al imputado que se le acusa del hecho más grave sin que tenga posibilidad de mostrar lo contrario. Es decir, por el modo en que está estructurado el argumento, Marino no podría mostrar que, aunque Diana fuera una mujer travesti él la mató por otra razón. Además, posee todos los problemas teóricos que tiene la atribución de responsabilidad basada en prueba estadística. Primero, el denominado problema “clase de referencia”, Diana era más que una mujer travesti e incorporarla a una sola de las categorías a las que pertenecía carece de finesa conceptual. Ella era, entre otras cosas, una dirigente política, militante, indigenista, ciudadana argentina, tucumana de origen, candidata a defensora del pueblo por la Matanza, etcétera. Por otro lado, posee el problema del denominado “*naked statistics evidence*”.⁸⁹

⁸⁸ V. para la distinción y su diferente dirección de ajuste de estereotipos descriptivos y normativos, Arena, *op. cit.*; Arena, “Algunos criterios...*cit.*”.

⁸⁹ La discusión sobre prueba estadística es inmensa y no pretendo reconstruirla aquí, más allá de este comentario intuitivo. Para ello, además de la literatura citada en la n. 67, V. véase: Shafer, “The Construction of Probability Arguments” en *Probability and inference in the law of evidence: the uses and limits of bayesianism*;

En síntesis, el problema central del voto mayoritario es que no se plantean siquiera la posibilidad de que la repugnancia y el odio son estados mentales específicos que deben ser probados en el caso particular; es decir, que era preciso mostrar que Marino odiaba a Diana Sacayán por el género al que pertenecía. Ahora bien, teniendo en mente la categoría de delito odioso es que se pueden entender algunas de las afirmaciones del magistrado Báez. Por ejemplo: “Estoy persuadido que el odio a la identidad de género denotado por el encartado podemos hallarlo en su *abominación* sobre el cuerpo transexual de Sacayán”.⁹⁰ Por supuesto, el fin del argumento del magistrado es mostrar que Marino odiaba a Diana, pero tanto esfuerzo en adjetivar durante todo su voto y el desentendimiento de los aspectos mentales del imputado podría explicarse por el desagrado que le genera el imputado y el hecho cometido por él. De todas maneras, aunque podría ponerse en duda si el hecho de Marino fue un delito odioso, es importante destacar que el código penal argentino no castiga de mayor manera el homicidio por el impacto o la conmoción que este generó en la comunidad.⁹¹

VI. Conclusiones:

¿Por qué distinguir el odio de lo odioso?

A lo largo de este trabajo he intentado mostrar que el odio, al igual que otras emociones, juega un papel importante en el modo en que actuamos y que, con frecuencia, no podemos conocer qué hace un agente sin dar cuenta de sus motivaciones emocionales. Por esta razón, el reproche agravado en los términos establecido en un delito *por* odio —racial, religioso, etcétera— ofrece un punto de

Cohen, *An introduction to the philosophy of induction and probability*; Cohen, *The probable and the provable*; Tillers y Green, *Probability and Inference in the Law of Evidence: The uses and limits of Bayesianism*.

⁹⁰ Cf. STO N°4, 2018, p. 200.

⁹¹ En Brasil, por ejemplo, existe una enumeración de ciertos delitos como “crímenes hediondos” por ejemplo la explotación sexual infantil. Ser calificado como tal genera sanciones más graves y la limitación de ciertas condiciones en la ejecución de la pena (fianza, libertad condicional, ser amnistiado, etc.).

Creo que esta idea también podría utilizarse en el caso más reciente de los rugbiers en Villa Gesell. La indignación que generó en la comunidad el hecho de que 10 jóvenes jugadores de rugby, educados y adinerados mataran a golpes a la salida de una discoteca a un joven humilde y trabajador. V. para más información <https://www.pagina12.com.ar/395589-los-rugbiers-que-mataron-a-fernando-baez-sosa-por-un-trago-d>.

partida tentador para fundar un reproche agravado frente a delitos odiosos. La repugnancia que nos genera esos crímenes —especialmente cuando se trata de homicidios— puede presionar para atribuir a los autores las responsabilidades más graves. Dado que la magnitud del crimen se percibe de manera distinta, también esperamos que el castigo sea cualitativamente diferente. Sin embargo, como nuestro sistema penal no recoge a la repugnancia o conmoción social como factor agravante es tentador —como ocurre en el *Caso Sacayán*—tratar de encuadrar al crimen repugnante como un delito en el que el autor fue motivado por el odio.

Este argumento nos enfrenta a una última pregunta: ¿sería admisible, entonces, utilizar directamente a la repugnancia como un criterio para agravar la responsabilidad penal? Creo que la respuesta de Nussbaum es ejemplar:

He sostenido que la repugnancia es una mala guía por varios motivos: porque no orienta bien respecto del peligro genuino; porque está atada a formas irracionales de pensamiento mágico y, sobre todo, por ser altamente maleable en términos sociales y muy a menudo utilizada para atacar a individuos y grupos vulnerables.⁹²

En resumen, la conexión entre estereotipos, repugnancia y el reproche de crímenes odiosos merece una cuidadosa atención porque, en ocasiones, la división entre “lo normal” y “lo repugnante, desagradable, abominable o monstruoso”; y también entre aquello que “nosotros” hacemos y los que “solo un animal o un monstruo puede realizar” podría estar teñido por prejuicios y puntos de vistas irracionales.

Quedan pendientes varios argumentos sobre las que se podría insistir y que aumentan las razones elaboradas hasta aquí, pero a continuación se mencionan para que puedan retomarse en trabajos futuros:

- La dificultad central de quienes hacen colapsar el odio de lo odioso es que confunden la idea de castigo justo con el castigo popular.⁹³

⁹² Nussbaum, *op. cit.*

⁹³ Cf. Hurd y Moore, *op. cit.*, p. 1112.

- Independientemente de que la repugnancia sea central para identificar algo como odioso es una emoción que parece arbitraria, también hay razones para que el evaluador tome decisiones basada en las razones y no en sus emociones. Una decisión para estar justificada debe estar basada en razones justificativas y no en las emociones del evaluador.⁹⁴

Bibliografía

Abrams, K., “Fighting Fire with Fire: Rethinking the role of disgust in hate crimes”, *California Law Review*, 90, 2002, pp. 1423-1464.

Anscombe, G. E. M., *Intención*, Paidós, Barcelona, 1991.

Arena, F. J., “La domesticación de los estereotipos. Algunas consideraciones sobre su incidencia en el razonamiento probatorio. ”, *Pensar la Prueba*, 2, 2021, pp. 23-50.

_____, “Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos”, en Risso, V. y Pezzano, S. (eds.) *Derecho y Control* (2), Ferreyra Editor, Córdoba, 2019.

_____, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 2017, pp. 29, 51-75.

Brax, D., “Motives, Reasons, and Responsibility in Hate/Bias Crime Legislation”, *Criminal Justice Ethics*, 35, 2016, pp. 230-248.

Cancio Meliá, M. y Díez y Gómez-Jara, C. (eds.), *Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, 2006.

⁹⁴ V. González Lagier, *Emociones sin sentimentalismo*.

- Cohen, L. J., *The probable and the provable*, Clarendon Press, Oxford, 1977.
- , *An introduction to the philosophy of induction and probability*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- Devlin, P., *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 1989.
- Díaz López, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal: Sentido y alcance del artículo 22.4 C.P.*, Civitas, Madrid, 2013.
- Enoch, D., y Fisher, T., “Sense and sensitivity: Epistemic and instrumental approaches to statistical evidence”, *Stanford Law Review*, 67, 2015, pp. 557-611.
- Enoch, D., Spectre, L F, y Fisher, T., “Statistical evidence, sensitivity, and the legal value of knowledge”, *Philosophy & Public Affairs*, 40, 2012, pp.197-224.
- Fuentes Osorio, J. L., “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19, 2017, pp. 1-52. González Lagier, D., “Hechos y conceptos”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 15, 2007, pp. 1-11.
- , *Emociones, responsabilidad y derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009a.
- González Lagier, D., “Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones”, *Doxa*, 32, 2009b, pp. 439-458.
- , *Emociones sin sentimentalismo*, Palestra, Lima, 2021. Hempel, C. G., *La explicación científica: estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Paidós, Barcelona, 2005 [1965].
- Hart, H. L. A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 1982.

- _____, “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, *University of Chicago Law Review* 35, 1967, pp. 1-13.
- Hurd, H. M., y Moore, M. S., “Punishing Hatred and Prejudice”, *Stanford Law Review*, 56, 2004, pp. 1081-1146.
- _____, “Two Liberal Fallacies in the Hate Crimes Debate”, *Law and Philosophy*, 20, 2001, pp. 175-193.
- Kahan, D. M., “The Anatomy of Disgust” in Criminal Law”, *Michigan Law Review*, 96, 1998, pp. 1621-1657.
- Kahan, D. M., Nussbaum, M. C., “Two Conceptions of Emotion in Criminal Law”, *Columbia Law Review*, 96, 1996, pp. 269-374.
- Manrique, M. L., “Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones”, *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39, 2016, pp. 289-304.
- _____, “Delitos de odio y motivos emocionales”, *Análisis Filosófico*, 39, 2019, pp. 191-220.
- _____, “¿Debe probarse el odio? Consideraciones acerca de la sentencia del caso Diana Sacayán”, *Quaestio Facti*, 2, 2021, pp. 411-441.
- Mathis, S., “Motive, Action, and Confusions in the Debate over Hate Crime Legislation”, *Criminal Justice Ethics*, 37, 2018, pp. 1-20.
- Miller, W. I., *The Anatomy of Disgust*, Harvard University Press, Cambridge-Londres, 1998.
- Miró Llinares, F. D., *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017.

Moreso, J. J., y Vilajosana, J. M., *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

Nussbaum, M. C., *El ocultamiento de lo humano: Repugnancia, vergüenza y ley*, Katz, Buenos Aires, 2006.

Reamer, F. G., *Heinous crime: Cases, Causes, and Consequences*, Columbia University Press, Nueva York, 2005.

Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. T.I, Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1997.

Sancinetti, M. A., *Teoría del delito y disvalor de acción: Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

Shafer, G., "The Construction of Probability Arguments", en Tillers, P. y Green, E. D. (eds.) *Probability and inference in the law of evidence: the uses and limits of bayesianism*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht [etc], 1998.

Schmill, U., *Las implicaturas del resentimiento. La Tragedia de Otelo*, Themis, México, 2010.

Silva Sánchez, J.M., *Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer, Madrid, 2011.

Tillers, P. y Green, E. D., *Probability and Inference in the Law of Evidence: The uses and limits of Bayesianism*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston, 1998.

Tuzet, G., *Filosofía della prova giuridica*, Giappichelli, Torino, 2013.

Von Wright, G. H., *Determinism and the Study of Man. Philosophical papers of Georg Henrik von Wright*, Basil Blackwell, Oxford, 1983a.

_____, Explanation and Understanding of Action. *Practical Reason*, Basil Blackwell, Oxford, 1983b.

_____, An Essays on Door-Knocking. *In the Shadow of Descartes: Essays in the Philosophy of Mind*. Dordrecht- London: Kluwer Academic, Dordrecht-Londres, 1998.

Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Núm. 4 de la Capital Federal (Argentina).

Sentencia dictada 18/06/2018. Fecha de los fundamentos 06/07/2018. Causa número: 62.162/2015.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley de 10 y 11 puntos, Futura 12, 13 y 19 puntos. Febrero de 2022.

