

Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos

On Some Methodological Criteria to Assess the Legal Relevance of Stereotypes

Federico José Arena*

Resumen: La jurisprudencia de varios tribunales internacionales muestra un esfuerzo reciente para hacer frente a los efectos negativos de los estereotipos. A partir de estas decisiones, en la literatura teórica iusfilosófica se han avanzado criterios o test para que los jueces lleven adelante esa tarea. Si bien estas propuestas parecen bien encaminadas, me parece que no son lo suficientemente finas y que es necesario introducir un conjunto de distinciones. Los estereotipos tienen usos heterogéneos, por un lado, algunos funcionan de manera parecida a normas vinculadas a identidades personales y de grupo, en cuando definen y constituyen los roles que deben asumir los miembros de una categoría o grupo social (estereotipos normativos). Por otro lado, otros funcionan de manera parecida a generalizaciones, en cuanto pretenden ofrecer información sobre las características de un grupo y de cada uno de sus miembros (estereotipos descriptivos). Estas diferencias exigen criterios de relevancia más finos que distingan usos inaceptables, aceptables e incluso obligatorios de los estereotipos. Estas precisiones son indispensables para que la jurisprudencia apoye sus decisiones en argumentos sólidos que puedan ganar estabilidad convencional hacia el futuro.

Palabras clave: estereotipos, generalizaciones, identidades, criterios de relevancia jurídica, jurisprudencia

Abstract: The case law of several courts shows a recent effort to deal with the negative effects of stereotypes. Following those decisions, some legal philosophers have advance some test or criteria for judges to deal with stereotypes. These proposals seems to be on the right track, however, I claim that they are not fine-grained enough because there are further distinctions that must be noted. Stereotypes have different uses, on the one hand, some stereotypes functions like norms structuring the personal and group's identities, given that they define and constitute the roles members of a category or social group should assume (normative stereotypes). On the other hand, some stereotypes functions like generalizations inasmuch they purport to offer information about the characteristics of a group and of each one of its members (descriptive stereotypes). These differences requires fine-tuned criteria of relevance distinguishing unacceptable, acceptable, and even mandatory uses of stereotypes. These precisions are necessary for judges to base their decisions on sound arguments and for those arguments to become a stable conventional basis for future decisions.

Keywords: stereotypes, generalizations, identities, relevance criteria, precedents

I. Introducción

* Abogado (UNC), Doctor Europeo en Filosofía del derecho (Università di Genova), Investigador adjunto (CIJS) Conicet – UNC, Profesor de filosofía y lógica jurídica (UBP). Córdoba, Argentina. Orcid: 0000-0001-8826-6353. fjarena@conicet.gov.ar

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Corte Interamericana*) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Tribunal Europeo*) han tratado los estereotipos en varias decisiones y han presentado algunos argumentos legales para evaluar su relevancia legal¹. En mi opinión, incluso si esta jurisprudencia va ciertamente por el camino correcto, el modo en que enfrenta la cuestión no es todavía completamente estable. No es siempre claro cuál es el problema con los estereotipos, a veces se señala que son meras abstracciones o generalizaciones, otras veces se indica que no consideran los rasgos individuales de las personas pertenecientes al grupo estereotipado, otras veces incluso que imponen roles a grupos o personas que no los eligen. Si bien estas son todas consideraciones relevantes, falta todavía una visión de conjunto. Como intento mostrar a continuación, para precisar el abordaje de los estereotipos es necesario comenzar por advertir que el término “estereotipo” se usa para hacer referencia a distintos tipos de enunciados acerca de grupos sociales. Esta no es solo una cuestión terminológica; una clasificación correcta de los estereotipos es la clave para identificar criterios de relevancia. Es decir, los criterios que los jueces deberían usar para determinar cuándo una práctica social o una norma jurídica están basadas en un estereotipo, y para establecer el tipo de perjuicio que el uso del estereotipo puede producir o evitar. Es más, la cuestión es todavía más compleja, ya que según cuál sea el uso, los criterios de relevancia dependerán de principios o valores diferentes².

Me parece que los esfuerzos hechos hasta aquí para ofrecer un abordaje general de los estereotipos no terminan de advertir el impacto que los usos heterogéneos tienen en sus criterios de relevancia. Este es el caso de una teoría conocida, y bajo otros aspectos exitosa, denominada “*enfoque antiestereotipos*”. Esta teoría pretende extender a todos los estereotipos el *principio antiestereotipo*, que ha sido una de las herramientas más efectivas en favor de la igualdad entre los géneros y contra la discriminación hacia las mujeres. De acuerdo con este enfoque, los estereotipos deben ser, principalmente,

¹ Aquí, por razones de brevedad, me detendré en jurisprudencia de estos dos tribunales internacionales. Sin embargo otras cortes, como la Corte Suprema canadiense o la Suprema Corte mexicana han producido decisiones relevantes en temas de estereotipos. La Corte Suprema de Justicia Argentina si bien ha resuelto casos que claramente involucran estereotipos, no ha casi utilizado ese término. Me refiero a casos tales como *Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva SRL y otros s/amparo*, S. 932. XLVI, 20/05/2014; *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba “caso Montserrat”*, G. 653. XXXIII, 19/09/2000; *Schiffirin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa*, CSJ 159/2012 (48-S)/CSI, 28/05/2017, entre otros.

² Este es también, creo, el punto de vista de Sophie Moreau cuando se refiere a la “variedad de injusticias” que produce el trato discriminatorio. Véase Moreau, S., “The Wrongs of Unequal Treatment”, *University of Toronto Law Journal*, 54, 3, 2004, pág. 9.

nombrados e impugnados. Sin embargo, en mi opinión, los criterios de relevancia deberían ser más finos.

En trabajos anteriores he propuesto algunas distinciones entre estereotipos y he también avanzado algunos criterios de relevancia³. En este texto quisiera presentar de manera algo más esquemática esos criterios metodológicos y, además, quisiera mostrar que esta propuesta permite sistematizar las decisiones de la *Corte Interamericana* y del *Tribunal Europeo*. Intentaré mostrar que una visión de conjunto de los criterios de relevancia debe tener en cuenta los diferentes usos, aunque implícitos, de los estereotipos. Primero, es necesario distinguir entre, por un lado, los estereotipos que son usados con la pretensión de definir y constituir los roles que los miembros de un grupo deben asumir (estereotipos normativos). Y, por otro lado, los estereotipos que son usados con la pretensión de proporcionar información sobre las características de un grupo y/o de uno de sus miembros (estereotipos descriptivos). Segundo, los criterios de relevancia deben también tener en cuenta el impacto de los estereotipos en la estructura de las prácticas sociales y las normas. Tercero, los criterios de relevancia deben, en última instancia, explicitar y distinguir los valores que justifican el cuestionamiento a los estereotipos, a saber, la autonomía y la igualdad. Valores cuyas demandas no son siempre convergentes.

Ciertamente, una teoría integral acerca de cómo lidiar con estereotipos deberá incluir referencias a tres cuestiones procesales indispensables: (1) legitimación, (2) argumentación y (3) remedios⁴. Es decir, debe primero introducir criterios para determinar quiénes y en qué casos están legitimados a iniciar procesos judiciales para enfrentar la incidencia de estereotipos. Segundo, debe ofrecer un conjunto de herramientas argumentativas que permitan ordenar el tratamiento de los estereotipos y determinar qué decisión tomar. Tercero, debe también señalar qué tipo de medidas debería tomar el decisor para evitar los efectos perjudiciales del uso de estereotipos. En este trabajo me concentraré en la segunda de ellas.

Comenzaré por presentar el *principio* antiestereotipos y el, más amplio, *enfoque* antiestereotipos y analizaré, brevemente, los diferentes usos de los estereotipos: normativo y descriptivo con el objetivo de mostrar por qué los criterios de relevancia han

³ En Arena, F.J., "Los estereotipos normativos en la decisión judicial", *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, 29, 1, 2016 y Arena, F.J., "The pragmatics of Stereotypes in Legal Decision Making", en Poggi, F. y Capone, A. (eds.), *Pragmatics and Law: Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2017a.

⁴ Tal como acertadamente señala Pou Giménez, F., "Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos. La discriminación por edad y género en el mercado laboral", *Discusiones*, 16, 1, 2015, pág. 152.

de ser más finos que los propuestos por el enfoque antiestereotipos (sección 2). A continuación, analizo con mayor precisión los criterios de relevancia para los estereotipos descriptivos (sección III.1) y normativos (III.2), apoyándome en ejemplos extraídos de sentencias dictadas por la *Corte Interamericana* y el *Tribunal Europeo*. Finalmente, formularé algunas consideraciones a modo de conclusión.

II. Hacia una teoría de grano fino

La expresión “Principio antiestereotipos” es una forma de caracterizar las afirmaciones teóricas de un movimiento legal dedicado al litigio judicial, que luchó por la igualdad de género en los Estados Unidos. Durante la séptima década del siglo pasado, muchos movimientos culturales buscaron reducir la discriminación contra las mujeres. El movimiento apenas mencionado buscó específicamente impedir que el Estado refuerce los estereotipos sociales que definen los roles de hombres y mujeres. Principalmente llevada a cabo por la ahora jueza de la Corte Suprema estadounidense, pero entonces abogada, Ruth Bader Ginsburg, la estrategia consistió en introducir litigios por parte de hombres con el objetivo de evidenciar los estereotipos de género existentes. En un caso famoso, Ginsburg defendió el derecho de un hombre, único cuidador de su madre, a una ayuda económica⁵. La ayuda no estaba disponible porque 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 soltero 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. Desde este punto de vista, el problema central con esos estereotipos era que imponían roles diferentes a hombres y mujeres.

Así, el principio antiestereotipos sostenía que el derecho no debería fomentar o reforzar la desigualdad estructural y, por lo tanto, deberían atacarse los estereotipos de género que han reducido las opciones para las mujeres (y para los hombres). Por ejemplo, una ley que otorgue licencia por nacimiento solo a la mujer, fomentaría tanto el estereotipo según el cual las mujeres son principalmente cuidadoras, como el estereotipo, correlativo, de que son los hombres quienes ganan el pan. Aun cuando el principio

⁵ Corte de Apelaciones del 10mo circuito, *Moritz v. Comm'r*, 469 F.2d 466, 467, 1972.

antiestereotipos tuviera sus críticos, parece innegable que durante ese período tuvo éxito en la lucha contra los estereotipos de género que definían los roles, no solo de las mujeres sino también de los hombres dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, la tarea principal en la batalla contra los estereotipos consiste, primero, en sacar a la luz los estereotipos vigentes en la sociedad y que soportan prácticas y regulaciones jurídicas donde los roles de hombres y mujeres están fijados de manera discriminatoria. Este proceso de “desenmascaramiento” resulta indispensable para, luego, poder proponer cambios que alteren esa distribución desigual de roles.

Sobre esta base, se han avanzado propuestas para extender el principio más allá de los estereotipos de género y utilizar esto como un enfoque contra todas las formas de estereotipos⁶, como por ejemplo aquellos apoyados en la edad, la raza, la ocupación, la nacionalidad, etc. Siguiendo la propia denominación de sus proponentes, llamaré a esta posición “Enfoque antiestereotipos”. De acuerdo con las tesis fundamentales del enfoque antiestereotipos, enfrentar a los estereotipos requiere proceder por etapas: primero nombrarlos y, segundo, impugnarlos. Nombrar no es meramente identificar, sino, sobre todo, aplicar la etiqueta “estereotipo” y volverlos explícitos. La impugnación requiere que el juez combata el estereotipo o al menos establezca las bases para ello⁷.

Creo que este enfoque va por el camino correcto con respecto a lo que Alexandra Timmer identifica como “estereotipos dañinos”. Sin embargo, me parece que hay más trabajo por hacer a fin de construir un enfoque o teoría de conjunto. Los estereotipos de género apuntados por el principio antiestereotipos eran principalmente usados en sentido normativo. Por ejemplo, quien defiende el estereotipo según el cual las madres deben ser amas de casa no afirma que la mayoría de ellas sean amas de casa (o que existe una correlación estadística entre ser madre y ser ama de casa), sino que afirma que las madres deben asumir ese papel. En estos casos, el estereotipo no pretende describir, sino atribuir un rol a determinada persona sobre la base de que pertenece a un grupo. Se trata de normas en virtud de las cuales una persona con ciertas características debe realizar ciertas tareas o desempeñar un rol social determinado.

⁶ Ver Franklin, C., "The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law", *New York University Law Review*, 85, 2010, Timmer, A., "Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 11, 4, 2011 y Clérico, L., "Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos", *REDEA. Derechos en acción*, 2, 5, 2017.

⁷ Para impugnar los estereotipos, el juez debe también asumir un papel pedagógico: “On a more conceptual level, the Court can play a role in changing the way we speak and thereby influence the way we think about stereotypes and gender ideology”, Timmer, A., *op. cit.*, pág. 718.

Sin embargo, el término “estereotipo” suele también ser usado para referirse a enunciados que poseen una dirección de ajuste diferente⁸. Enunciados usados para atribuir una propiedad a una persona o a un conjunto de ellas sobre la única base de que pertenece/n a determinado grupo. Por ejemplo, en el caso de *Aksu c. Turquía*, el *Tribunal Europeo* tuvo que decidir si el Estado había cumplido con su obligación, fijada por el Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (*Convención Europea*) de proteger la vida privada del solicitante frente a una presunta injerencia de un tercero. El solicitante alegó que un libro y dos diccionarios que habían recibido fondos del gobierno incluían comentarios y expresiones que reflejaban el sentimiento anti gitano⁹. Entre otras cosas, en el libro los gitanos se describen “como un grupo marginal excluido y despreciado en todas partes” y también se dice que algunos gitanos “se ganan la vida como carteristas, robando y vendiendo estupefacientes”. Incluso si el *Tribunal Europeo* consideró que el Estado no violó el artículo 8 de la *Convención Europea*¹⁰, estuvo de acuerdo con las conclusiones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia según las cuales el gobierno debería combatir los estereotipos negativos referidos a los gitanos¹¹. Mediante los enunciados señalados, se atribuía una propiedad B (“carteristas”) a los miembros de un grupo (“gitanos”) en virtud del hecho que pertenecen a ese grupo¹². La propiedad puede ser positiva o negativa (por ejemplo, los gitanos se dedican a las estafas y los hurtos, los hombres poseen mayor fuerza física que las mujeres). Este uso descriptivo de los estereotipos ha sido el centro de la investigación empírica llevada adelante en el campo de la psicología y las ciencias cognitivas¹³.

La distinción entre diferentes usos de los estereotipos ha sido también advertida, en trabajos posteriores, por quienes defienden el enfoque antiestereotipos. Por ejemplo, Timmer ha dado algunos pasos en esta dirección al analizar las leyes y la jurisprudencia

⁸ Uso la expresión “dirección de ajuste” como se usa en la filosofía del lenguaje. Ha sido John R. Searle quien en diferentes obras ha dotado a la expresión con su contenido actual. Ver Searle, J.R., "A Taxonomy of Illocutionary Acts", *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, 6, 1975.

⁹ TEDH, *Aksu c. Turquía [GC]*, no. 4149/04 y 41029/04, 15 de marzo de 2012.

¹⁰ *Aksu*, párrafo 61.

¹¹ *Aksu*, párrafo 75.

¹² Oakes, P. et al., *Stereotyping and Social Reality*, Oxford, Blackwell, 1994, pág. 1 y Stangor, C. (ed.), *Stereotypes and Prejudice* Psychology Press, Philadelphia, 2000, pág. 1.

¹³ Los dos sentidos de “estereotipo” pueden apreciarse también en algunas afirmaciones de la *Corte Interamericana* en el caso González y otras (“Campo algodoner”) vs. México, Sentencia del 16/11/2009, Serie C N° 205, donde estaba bajo examen 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 [e. descriptivo] o que tendrían una vida reprochable [e. normativo] y la utilización de preguntas en torno a la preferencia sexual de las víctimas constituyen estereotipos”, párrafo 208.

antidiscriminación en Estados Unidos y Canadá¹⁴. Siguiendo algunas ideas de Kwame A. Appiah¹⁵, Timmer distingue cuatro tipos de estereotipos: estereotipos estadísticos, estereotipos falsos, estereotipos que imponen roles y estereotipos prescriptivos¹⁶. Ciertamente estoy de acuerdo con estas afirmaciones y en este texto trato de ofrecer alguna orientación en ese sentido¹⁷. De todos modos, mi impresión es que todavía no se ha advertido completamente la incidencia que la distinción posee en los criterios de relevancia. Un paso que estimo crucial en esta dirección es insertar el abordaje de los estereotipos en un contexto teórico más amplio, que permita comparar el funcionamiento de los enunciados que llamamos “estereotipos” con el funcionamiento de otros tipos de enunciados. En particular, las relaciones, por un lado, entre estereotipos descriptivos y generalizaciones acerca de grupos sociales y, por otro lado, entre estereotipos normativos y normas que definen identidades y roles sociales.

Esta no es una tarea fácil. El término “estereotipo” tiene una intensa capacidad expresiva. Por lo general, basta con decir que un enunciado es un estereotipo para que el oyente lo condene. Esto es así porque el uso de estereotipos suele reflejar actitudes discriminatorias y cierta pereza epistemológica. Las personas los usan porque es más fácil juzgar a otros grupos sociales y personas sobre la base de un estereotipo ampliamente compartido, que coincide con sus propias creencias o prejuicios, que juzgar sobre la base de una investigación consciente acerca de cuáles son los rasgos reales de un grupo social o de una persona en particular; o en lugar de preocuparse por reconocer los roles en los que ciertos grupos o personas se identifican.

III. Criterios metodológicos para lidiar con estereotipos

¹⁴ 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*, 63, 1, 2015, pág. 255.

¹⁵ Appiah, K.A., "Stereotypes and the Shaping of Identity", *California Law Review*, 88, 1, 2000, pág. 47-48. Mi idea sobre el uso normativo de los estereotipos sigue su opinión también.

¹⁶ Timmer, A., "Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law", *op. cit.*, pág. 279.

¹⁷ Sin embargo, los estereotipos “estadísticos” y “falsos” son en realidad formas diferentes de evaluar la corrección de un solo tipo de uso de estereotipos, es decir, descriptivo. En cualquier caso, como trato de mostrar a continuación, el punto relevante es cómo la clasificación de los estereotipos influye en sus criterios de relevancia.

III.1. Ciencias cognitivas, categorización social y estereotipos descriptivos

A veces, la presencia de un estereotipo puede ser advertida fácilmente, analizando simplemente las afirmaciones explícitas de los involucrados. Otras veces, en cambio, es necesario indagar en enunciados que suelen funcionar de manera implícita. Mi análisis respecto a la influencia de los estereotipos en prácticas sociales y normas jurídicas se basa en la distinción de 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)¹⁸. Esta estructura se puede utilizar para analizar los diferentes casos relacionados con estereotipos. Por ejemplo, en el caso *Kiyutin c. Rusia*¹⁹ el demandante lamentaba que su solicitud de permiso de residencia fue rechazada debido a que dio positivo en el test de VIH. El *Tribunal Europeo* 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”²⁰. El *Tribunal Europeo* señaló que la norma se apoyaba en el estereotipo descriptivo²¹ según el cual las personas extranjeras VIH positivas se involucrarán en un comportamiento inseguro específico, de modo que la mera presencia de una persona extranjera VIH positiva en un país es en sí misma una amenaza para salud pública. Simplificando, la estructura de esa norma podría reconstruirse de la siguiente manera:

(i) Objetivo: es valioso proteger la salud pública.

(ii) Generalización: los individuos extranjeros VIH positivos se involucrarán en un tipo específico de comportamiento riesgoso. [Estereotipo descriptivo]

¹⁸ Véase Schauer, F., *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pág. 30.

¹⁹ TEDH, *Kiyutin c. Rusia*, no. 2700/10, 11 de marzo de 2011.

²⁰ *Kiyutin*, párrafo 68.

²¹ El *Tribunal Europeo* 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”. *Kiyutin* en el párrafo 64.

(iii) Norma: está prohibida la entrada de personas VIH positivas extranjeras.

Para advertir cuál es el problema con esta norma, cabe recordar que 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. Por ejemplo, la norma general “si piloto mayor de 60 años entonces obligatorio jubilarse”, estaría justificada si una generalización (“las personas pierden ciertas facultades cuando llegan a los 60 años”) la conecta adecuadamente con la realización de un fin valioso: i.e., evitar accidentes aéreos. La generalización cumple esa función solo si posee base estadística, es decir, si es verdadera o, en otras palabras, si posee importe cognitivo. Si la generalización es falsa, entonces la norma está injustificada. Ahora bien, cuando la generalización es acerca de grupos sociales, i.e., cuando es un estereotipo, la cuestión exige algunas precisiones adicionales.

La clasificación de personas en grupos hace que la interacción sea más simple; sabiendo el grupo al que pertenecen otros, podemos confiar en ciertas expectativas con respecto a su comportamiento. En sociedades complejas y masivas, la categorización social es un mecanismo indispensable para formar expectativas sobre las personas con las que interactuamos y respecto de las cuales tenemos poca información. Además, las categorías 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 conjunto²². 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 a un individuo en una categoría, podemos asociarlo a una gran cantidad de información previa, sin necesidad de obtener esa misma información en el caso actual²³.

Según las ciencias cognitivas, los estereotipos descriptivos funcionan de esta manera²⁴. Cuando hay un estereotipo descriptivo, una subcategoría representa (está por) la categoría. Ello permite llevar a cabo razonamientos rápidos acerca del grupo

²² Rosch, E. y Lloyd, B.B. (eds.), *Cognition and Categorization* Erlbaum, Hillsdale, NJ, 1978

²³ Mervis, C.B. y Rosch, E., "Categorization and Natural Objects", *Annual Review of Psychology*, 32, 1981

²⁴ Se pueden encontrar buenas compilaciones de trabajos sobre estereotipos en ciencias cognitivas y psicología en Stangor, C. (ed.), *op. cit.* y Nelson, T.D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination* Psychology Press - Taylor and Francis, New York, 2009.

estereotipado. En general, la subcategoría que desempeña esta función es más fácil de entender, recordar, reconocer y utilizar en el contexto²⁵. Al asociar la pertenencia a un grupo con un conjunto de características, podemos ahorrar esfuerzos, ya que solo necesitamos recopilar la información indispensable que nos permita establecer la pertenencia al grupo y luego podemos asociar esas características a un individuo.

Dadas estas características, los estereotipos descriptivos pueden evaluarse sobre la base de su correspondencia con las propiedades reales del grupo al que se refieren. En este sentido, se ha propuesto distinguir entre estereotipos con y sin base estadística²⁶. Los estereotipos falsos, es decir, sin una base estadística, no tienen importe cognitivo y, por lo tanto, deben abandonarse porque implican una representación falsa de un grupo. En cambio, los estereotipos descriptivos tienen base estadística cuando asocian a los miembros de un grupo una propiedad que, de hecho, poseen. Significa que el hecho de ser miembro del grupo, y no de otro, hace que la posesión de la propiedad sea más probable²⁷. Inevitablemente, habrá, por un lado, miembros del grupo que no poseen la característica y, por otro lado, habrá individuos que no son miembros del grupo y que, sin embargo, poseen la característica. Sobre y subinclusión de este tipo son los rasgos constitutivos de las generalizaciones, incluso si son verdaderas. Gracias a este carácter impreciso, un estereotipo descriptivo es capaz de cumplir una función cognitiva²⁸.

Los estereotipos con base estadística tienen entonces importe cognitivo y, en ese caso, permiten gestionar la información sobre un grupo y acerca de un individuo perteneciente al grupo. Sostener que todos los estereotipos descriptivos con base estadística son, en cuanto meras generalizaciones y sin más especificaciones, problemáticos, implicaría no advertir que bajo ciertos aspectos funcionan tal como lo

²⁵ Lakoff, G., *Women, Fire, and Dangerous Things. What Categories Reveal about the Mind*, Chicago - Londres, The University of Chicago Press, 1987

²⁶ Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003, pág. 7, Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, Princeton, Princeton UP, 2005, pág. 194-195, Jussim, L. et al., "The Unbearable Accuracy of Stereotypes", en Nelson, T. D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, New York, Psychology Press - Taylor and Francis, 2009, pág. 200-202, entre otros.

²⁷ Ciertamente, frente a información individual discordante, no está justificado atribuir la característica a un individuo porque pertenece al grupo, incluso si el estereotipo tiene base estadística. Solo en circunstancias excepcionales, vinculadas a la baja calidad epistémica de la percepción actual, se justificaría la atribución.

²⁸ 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. Véase Jussim, L. et al., *op. cit.*

hacen otras generalizaciones o categorías que consideramos aceptables²⁹. Como lo expresa Schauer, la razón de la inaceptabilidad de un estereotipo no puede ser que sean meras generalizaciones (i.e., que no sean universales), porque esta es una característica compartida con muchas otras categorías³⁰.

Ahora bien, parte del problema con los estereotipos es que, incluso si se comportan como generalizaciones, no suelen originarse en investigaciones serias acerca de los rasgos de un grupo, sino en virtud de procesos inferenciales infundados, o por imitación, o a consecuencia de prejuicios, emociones u otros procesos psicológicos más complejos. Desde esta perspectiva, el problema con los estereotipos es que sus portadores (i.e., 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. Por ello, en primer lugar, cuando se advierte la presencia de una generalización sobre un grupo social ello debe ser explícitamente advertido y señalado. El enfoque antiestereotipo exige que sea usada la etiqueta “estereotipo”, en la etapa que denomina *naming*. Hay cuestiones que, a pesar de ser terminológicas, no son *meramente* terminológicas, puesto que cuenta cuál sea el término usado. Es decir, hay “batallas” por el término (y no por el significado) que tienen sentido en virtud de los efectos pragmáticos que posee el uso de un término en lugar de otro. De todos modos, creo que es más importante lo que Timmer denomina la función pedagógica del nombramiento³¹, en el sentido de explicar el porqué de la denominación. En este sentido, el primer punto importante es señalar que el enunciado acerca del grupo social se trata efectivamente de una generalización y que por lo tanto se trata de una afirmación contingente, es decir ni necesaria ni conceptual, cuya corrección depende de la posibilidad de contrastarla con los hechos (i.e., de obtener apoyo estadístico) y que, por lo tanto, en caso que no se cuente con ese apoyo la afirmación será *insostenible*. Esta etapa es importante, pues como se señaló más arriba, si bien los estereotipos descriptivos pueden ser analizados en función de su importe cognitivo, sus portadores suelen emplearlos sin advertir que se trata de afirmaciones contingentes, sino que las asumen como dadas o

²⁹ Véase Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, *op. cit.*, pág. 5-7 and Case, M.A., “The Very Stereotype the Law Condemns”: Constitutional Sex Discrimination. Law as a Quest for Perfect Proxies”, *Cornell Law Review*, 85, 5, 2000.

³⁰ Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, *op. cit.*, pág. 75-78.

³¹ Esto no sería nada nuevo en los textos de las sentencias, pues los tribunales muy a menudo emprenden tareas pedagógicas o didácticas en sus sentencias. Los ejemplos son numerosos, pero baste con recordar las referencias al derecho comparado, a la historia del derecho o a la historia social, a las teorías dogmáticas, etc.

incluso como necesarias, en virtud de que coinciden con sus propios prejuicios o con lo que siempre han escuchado decir. Además, los estereotipos suelen ser resistentes a la revisión, es decir, los portadores de estereotipos no están dispuestos a modificar sus creencias a pesar de evidencia en contrario. Por estas razones, es importante la primera etapa pedagógica o, podría decirse, filosófica del análisis de los estereotipos en una sentencia.

El segundo paso es entonces la verificación de su importe cognitivo, es decir, si efectivamente cuentan con base estadística. Ello es relevante, pues si se trata de estereotipos falsos, la norma no solo no estará justificada, sino que producirá una afectación del principio de igualdad, puesto que tratará de manera diferente casos que son iguales en sentido relevante³². Una norma que establece una diferencia de tratamiento basada en un estereotipo descriptivo sin base estadística (basada en una falsa generalización) no está justificada porque se ha hecho una distinción entre casos que no son significativamente diferentes, es decir, se trata de una diferenciación discriminatoria. Tanto la *Corte Interamericana* como el *Tribunal Europeo* siguen este criterio de relevancia basado en el importe cognitivo de los estereotipos descriptivos: las normas basadas en estereotipos descriptivos sin base estadística no están justificadas (no deben aplicarse) puesto que ello constituiría una violación de la igualdad.

Este segundo paso, de control de la base estadística, es más complejo de lo que parece. Señalaré aquí solo dos puntos de preocupación, uno referido a la carga argumentativa y otro referido a la construcción de las estadísticas. Primero, es necesario que quien proponga la discriminación se encargue de mostrar la corrección de la generalización. Es decir, quien desee actuar sobre la base de un estereotipo descriptivo debe soportar la carga de argumentar a favor de la corrección estadística del estereotipo, y ello quiere decir que primero debe ofrecer la evidencia empírica necesaria. Este criterio es seguido con regularidad por la *Corte Interamericana*. En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* donde, entre otras cuestiones, debía determinarse si el estado chileno había violado la *Convención Interamericana* al denegar la tenencia de sus hijas a la Sra. Atala Riffo en virtud de la orientación sexual de esta última, la *Corte Interamericana* sostuvo que:

³² En las palabras del *Tribunal Europeo*: “Una vez que el demandante ha demostrado que ha habido una diferencia en el tratamiento, corresponde al Gobierno demandado demostrar que la diferencia de trato estaba justificada [referencias omitidas]. Esta justificación debe ser objetiva y razonable o, en otras palabras, debe perseguir un propósito legítimo y debe haber una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido”. *Kiyutin*, párrafo 62.

Es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. Para ello es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño³³.

Y agregó,

tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias.³⁴

Segundo, si el estereotipo incluye conceptos valorativos, es necesario que el contenido de tales conceptos haya sido explicitado, de manera tal que puedan ser contrastados estadísticamente. En *Atala Riffo* la Corte Suprema chilena alegaba la inidoneidad parental de la Sra. Atala Riffo. Pues bien, para ofrecer evidencia empírica al respecto es necesario explicitar el contenido del concepto “idoneidad parental”, pues ello dependerá de consideraciones valorativas que pueden ser controvertidas y, a su vez, pueden basarse también en actitudes o creencias discriminatorias³⁵.

Satisfechas estas exigencias, es posible afirmar que, si el objetivo es valioso, entonces la norma se justifica cuando el estereotipo que aparece en el nivel de generalización tiene una base estadística. Sin embargo, contar con base estadística, i.e., poseer valencia cognitiva (ofrecer información correcta) no es el final de la historia sobre

³³ CIDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 124.

³⁴ *Atala Riffo*, párrafo 124. Ciertamente, si bien cuestionó esta deficiencia en el actuar del Estado chileno, la *Corte Interamericana* hizo referencia a la posibilidad de que existan efectivamente generalizaciones acerca de grupos sociales que, en cuanto poseen base estadística, permitirían tomar decisiones, por ejemplo, sostuvo que: “Por su parte, los peritos Uprimny y Jernow citaron y aportaron una serie de informes científicos, considerados como representativos y autorizados en las ciencias sociales, para concluir que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta per se su desarrollo emocional y psicológico”, párrafo 128.

³⁵ Me referí con más detalle a este punto en Arena, F.J., "El papel de los estereotipos en la jurisprudencia mexicana sobre matrimonio igualitario", en Alterio, M. y Niembro, R. (eds.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, Ciudad de México, Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM, 2017b.

los estereotipos descriptivos. El tercer paso exige determinar si el estereotipo, incluso si posee base estadística, se refiere a grupos vulnerables -grupos que han sufrido discriminación en el pasado- y si la norma general que se apoya en él es una norma que limita sus derechos. Veamos un ejemplo.

En el caso *Alajos Kiss c. 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 votar³⁶. El *Tribunal Europeo* 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. No obstante, el *Tribunal Europeo* 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 individualizada³⁷.

La estructura de la norma atacada podría ser reconstruida del modo siguiente:

(i) Objetivo: tomar decisiones colectivas juiciosas.

(ii) Objetivo 2: que solo las personas capaces de tomar decisiones juiciosas participen en la toma de decisiones colectivas.

(ii) Generalización: las personas bajo tutela parcial por depresión maníaca no están en condiciones de tomar decisiones juiciosas [Estereotipo descriptivo].

(iii) Norma: las personas bajo tutela parcial por depresión maníaca están excluidas del voto.

Imagínese que la generalización en la que se basa la norma húngara, es decir, las personas con una discapacidad mental carecen de capacidad para evaluar las consecuencias de sus decisiones y tomar decisiones conscientes y juiciosas, tiene base estadística. De hecho, esto no se discutió en este caso. Dado el criterio de relevancia previamente identificado, sería suficiente para que la norma esté justificada (teniendo en cuenta, además, que el objetivo es considerado valioso). El hecho de que pueda haber individuos que no satisfagan el estereotipo, no puede usarse como un argumento en contra de una norma basada en un estereotipo con base estadística. Esto es así porque cuando una norma se basa en una generalización, habrá inevitablemente casos de sobre y sub

³⁶ TEDH, *Alajos Kiss c. Hungría*, no. 38832/06, 20 de mayo de 2010.

³⁷ *Kiss*, párrafo 44.

inclusión. Eso significa, por un lado, que existirán casos incluidos en la norma que no es necesario incluir para realizar el valor; por ejemplo, las personas con discapacidad mental con capacidad de tomar decisiones conscientes y juiciosas (sobre-inclusión). Y, por otro lado, que existirán casos no incluidos en la norma que es necesario incluir para realizar el valor; por ejemplo, personas que no tienen discapacidades mentales pero que, por otras razones, son incapaces de tomar decisiones conscientes y juiciosas (subinclusión). La sobre y la subinclusión son consecuencias inevitables cuando se pretende guiar el comportamiento humano a partir de normas basadas en generalizaciones³⁸. Si esa fuera una razón para rechazar la ley que prohíbe votar a quien se encuentra bajo tutela parcial por discapacidad mental, entonces esa sería una razón para rechazar también la ley que prohíbe a las personas menores de 18 años votar³⁹. Descartar la norma porque produce una decisión “automática”, “general” o “absoluta” sobre la base de una generalización equivaldría a descartar todas las normas basadas en generalizaciones.

De hecho, el *Tribunal Europeo*, el demandante y el Gobierno húngaro no pusieron en discusión que el objetivo de proteger la calidad de la toma de decisiones políticas es un objetivo valioso y que es posible lograr ese objetivo mediante la emisión de normas generales (como la norma que prohíbe votar a menores de una determinada edad). El punto en discusión era otro: determinar si podía considerarse justificada una norma general que prohíbe votar a una persona que pertenece a un grupo vulnerable. El *Tribunal Europeo* declaró que no está justificado tomar decisiones apoyadas en normas generales (incluso si apoyadas en estereotipos con base estadística, agregaría yo) cuando se trata de restringir derechos a grupos vulnerables. Quienes sufren de discapacidades mentales son un grupo vulnerable pues han sufrido una discriminación considerable en el pasado. Para evitar una mayor discriminación no deberíamos generalizar acerca de grupos vulnerables para restringir sus derechos:

La razón de este enfoque, que cuestiona algunas clasificaciones *per se*, es que tales grupos han sido históricamente víctimas de prejuicios con consecuencias duraderas que terminaron por provocar su exclusión social. Tales prejuicios pueden implicar una estereotipación legislativa que impide la evaluación individualizada de sus capacidades y necesidades⁴⁰.

³⁸ Schauer, F., *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, op. cit., pág. 31-34.

³⁹ Esta comparación fue discutida realmente en el caso.

⁴⁰ Kiss, párrafo 42. (Traducción propia de la versión oficial en inglés).

Aunque la norma se base en un estereotipo descriptivo con base estadística, si se refiere a un grupo desfavorecido o vulnerable, su uso dentro de la justificación de una norma general puede producir resultados desiguales. Esto puede deberse al hecho de que la razón por la cual el estereotipo es verdadero es que en el pasado el grupo estereotipado ha sido víctima de discriminación⁴¹. En estos casos, la norma general reproduciría el estado de cosas resultante de la discriminación⁴².

De todos modos, a pesar de que la exigencia de evaluación individualizada suele ser esgrimida en contra de las decisiones basadas en estereotipos, es necesario advertir que las decisiones individualizadas también pueden verse afectadas por estereotipos falsos o insostenibles⁴³. Y ello es así porque el uso de generalizaciones es también inevitable en la decisión individual. En una decisión individual debemos determinar si la característica relevante está presente (la idoneidad parental en *Atala Riffo*, la capacidad para tomar decisiones juiciosas en *Alajos Kiss*) y, por lo tanto, necesitaremos algún tipo de prueba en esa medida. Por ejemplo, imaginemos que se pretende probar la madurez política con un examen de historia nacional. Incluso cuando se trate de una buena prueba, ella depende inevitablemente de asumir una generalización según la cual las personas que superan esa prueba poseen madurez política. De ello se sigue, además, que las pruebas individuales también producen inevitablemente casos de sobre y sub inclusión. Es decir, existirán casos de personas sin conocimiento de la historia nacional que sean lo suficientemente maduras y casos de personas eruditas que no estén preparadas para votar⁴⁴.

Ciertamente, la toma de decisiones generales basadas en generalizaciones acerca de grupos vulnerables es a veces indispensable. No solo para obtener información acerca

⁴¹ Para una defensa de este tipo de argumento, capítulo 5 de Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, *op. cit.*

⁴² En casos de estereotipos acerca de grupos vulnerables, algunos autores van más allá y, en ciertos casos, exigen no ya una evaluación individual, sino una norma general que amplíe derechos, incluso a costa de reducir la realización del objetivo que perseguía la norma. Ello en cuanto es preferible tener algunos casos en los que no se logre el objetivo (calidad de la toma de decisiones políticas) para combatir o disminuir el nivel de discriminación (contra la discapacidad mental). Véase Schauer acerca de la Escuela Militar de Virginia en Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, *op. cit.*, pág. cap. 5.

⁴³ Tal como sucedió en *Atala Riffo* con relación a la visita extraordinaria que recibió la damnificada durante el proceso disciplinario en su contra. Al respecto, la *Corte Interamericana* señaló: “que existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto. Por el contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho. En consecuencia, la Corte establece que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria” *Atala Riffo*, párrafo 237.

⁴⁴ Véase Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, *op. cit.*, pág. 65 y ss.

de esos grupos o sus características⁴⁵, sino, sobre todo, cuando se trata de estrategias de discriminación positiva que tienden a mitigar las desventajas históricas que sufren los grupos vulnerables o cuando se trata de determinar los beneficiarios de ciertos derechos sociales. Por ejemplo, el estereotipo descriptivo según el cual las personas mayores están expuestas a un mayor riesgo de salud justifica la norma que les otorga asistencia médica gratuita y accesible.

En definitiva, el criterio de relevancia respecto de los estereotipos descriptivos es de la igualdad. Ello exige, primero, determinar si en cuanto generalizaciones poseen importe cognitivo, es decir, si poseen base estadística. Sin embargo, en los casos relacionados con normas que limitan los derechos de grupos vulnerables, incluso si el estereotipo posee base estadística, hay que evitar decisiones que no se apoyen en información individualizada.

III.2. Roles sociales, identidad personal y estereotipos normativos

Como dije anteriormente, los estereotipos a veces se usan como normas, más o menos rígidas, sobre el rol de una categoría de personas. Un ejemplo claro de este modo de usar los estereotipos lo encontramos en el caso Sisnero decidido por la Corte Suprema de Justicia argentina, donde se discutía sobre la exclusión de las mujeres en la contratación de choferes por parte de las empresas de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta. Si bien no utilizó el término “estereotipo”, es claro que la Corte Suprema lidiaba allí con estereotipos explícitamente normativos. En ningún momento las empresas intentaron ofrecer evidencia acerca de los rasgos de hombres y mujeres que pudieran incidir en la decisión de contratación, sino que simplemente se alegaba 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*”⁴⁶.

⁴⁵ Como lo señalan la *Corte Interamericana* y el *Tribunal Europeo* en distintos casos.

⁴⁶ CSJN, *Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva SRL y otros s/amparo*, S. 932. XLVI, 20/05/2014, pág. 7. Otro caso interesante, tratado en Pou Giménez, F., *op. cit.*, es el de los avisos de trabajo publicados por distintas empresas de servicios buscando receptionistas de una determinada edad (18 a 25 años en un caso y 18 a 35 años en el otro). Este caso, tramitado en juicio de amparo ADR 992/2014, fue finalmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana mediante sentencia del 12/11/2014. Se trata aquí de

Varios autores han señalado este segundo tipo de uso de los estereotipos⁴⁷ y, como dije antes, han constituido el blanco contra el que se dirigió y se dirige el principio antiestereotipos⁴⁸. Para identificar los criterios de relevancia de este modo de usar los estereotipos es indispensable, desde mi punto de vista, advertir su relación con los modos en que las personas se identifican con ciertas categorías sociales y los roles que estas involucran.

Las personas se dividen a sí mismas y a los demás en *categorías sociales*. Y las categorías y normas sociales están vinculadas entre sí: las personas en diferentes categorías sociales *deben* comportarse de manera diferente. Las normas también especifican cómo las personas de diferentes tipos, diferentes categorías sociales, deben tratarse entre sí⁴⁹. Ser miembro de un grupo está en parte constituido por normas sociales o convenciones que definen el comportamiento de los miembros de ese grupo⁵⁰ y, en este sentido, desempeñan una función constitutiva de la identidad de algunos grupos⁵¹. Ser miembro de un grupo social implica comportarse de acuerdo con las normas que definen el comportamiento de quienes forman parte del grupo⁵². La identidad social está así constituida, entre otras cosas, por un conjunto de estereotipos normativos que moldean el comportamiento, los planes y la vida de los miembros del grupo⁵³. Es por ello que los estereotipos normativos están en el centro de la tensión entre la opresión y el reconocimiento. Entre la imposición de roles a quienes los rechazan y la falta de reconocimiento de los roles que los individuos y los grupos se atribuyen a sí mismos.

discriminación basada en estereotipos de edad, lo que suele denominarse etarismo o edadismo (por el inglés *ageism*).

⁴⁷ Hay una referencia explícita a ellos en Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, *op. cit.* y Cook, R.J. y Cusack, S., *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010.

⁴⁸ Franklin, C., *op. cit.*

⁴⁹ Véase Akerlof, G.A. y Kranton, R.E., *Identity Economics. How Our Identities Shape Our Work, Wages, and Well-being*, Princeton, Princeton University Press, 2010, pág. 11.

⁵⁰ Cuando este es el caso, los estereotipos normativos se caracterizan por dos rasgos, a saber, convencionalidad y constitutividad. Para más detalles véase Arena, F.J., "Los estereotipos normativos en la decisión judicial", *op. cit.*

⁵¹ Tal vez podamos entender en este sentido la afirmación de Appiah según la cual los estereotipos permiten el surgimiento de "tipos de personas", Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, *op. cit.*, pág. 65.

⁵² Esta función de los estereotipos normativos es claramente independiente del valor que asignamos a las acciones o categorías que definen y regulan.

⁵³ Según Appiah, toda identidad colectiva tiene la siguiente estructura: (a) Un conjunto de términos, usados como criterios de pertenencia al grupo, que sirven para identificar a los portadores de la identidad (estos términos permiten reconocer a algunas personas como miembros del grupo). Existen estereotipos descriptivos y normativos asociados a estos términos. (b) Autoidentificación como miembro del grupo. La identidad tiene una dimensión narrativa que consiste en unir mi historia personal con algunas formas de comportamiento y con historias más amplias. (c) Hetero-reconocimiento como miembro del grupo. Significa que hay formas de comportamiento que consisten en tratar a una persona de cierta manera, en parte, porque es miembro de un grupo. Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, *op. cit.*, pág. 66-68.

Veamos, retomando la estructura de las normas generales utilizada más arriba, cómo los estereotipos normativos pueden desempeñar también un papel en la justificación de las normas. Por ejemplo, en el caso de *Konstantin Markin v 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 masculino⁵⁴. 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 fallece en el parto o si está criando a un hijo o hijos menores de 14 años (o hijos discapacitados menores de 16 años) que se quedan sin cuidado materno (en caso de muerte de la madre, abandono de la patria potestad, enfermedad prolongada u otras situaciones en las que sus hijos no tienen atención materna). A favor de esta regulación, el gobierno 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 sólo a las mujeres⁵⁵.

Simplificando, la estructura normativa podría reconstruirse 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 masculino debido a licencia por nacimiento 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 nacimiento se otorga solo al personal femenino⁵⁶.

⁵⁴ TEDH, *Konstantin Markin c. Rusia* [GC], no. 30078/06, 22 de marzo de 2012.

⁵⁵ El Tribunal Constitucional de Rusia declaró que “al conceder, bajo condiciones excepcionales, el derecho de permiso por maternidad sólo 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” *Markin*, párrafo 34.

⁵⁶ También hay estereotipos descriptivos en juego aquí, pero el *Tribunal Europeo* no los menciona explícitamente como tales.

Para el *Tribunal Europeo*, el fin perseguido por el legislador, a saber, la protección de la seguridad nacional, es legítimo⁵⁷, pero sostuvo que:

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 en la raza, origen, color u orientación sexual⁵⁸.

El problema con estereotipos normativos de este tipo es que imponen a la persona estereotipada una restricción a sus opciones de vida, ya que pretenden reducir sus opciones. 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 ella. En lugar de permitirle presentarse a sí misma y a su circunstancia tal como ella las entiende, ha sido presentada por de una manera elegida por otros. Y bajo ciertas circunstancias esto lesionará su autonomía. Esto es, limitará 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 debe ser caracterizado en público”⁵⁹.

De esto se sigue que, así como hay normas sociales que restringen nuestras opciones imponiendo ciertos roles, hay otras que, en cuanto las aceptamos, definen nuestra propia identidad y el grupo al que pertenecemos. En *Atala Riffo* la *Corte Interamericana* advirtió estas dos caras de los estereotipos normativos. Por un lado, señaló que “Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”⁶⁰ y agrega

⁵⁷ *Markin*, párrafo 147.

⁵⁸ *Markin*, párrafo 142-143.

⁵⁹ Moreau, S., *op. cit.*, pág. 299 (traducción propia a partir del original en inglés).

⁶⁰ *Atala Riffo*, párrafo 109.

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’)⁶¹.

Continúa la *Corte Interamericana* vinculando la cuestión con la identidad personal:

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 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 identidad⁶².

Y concluye: “la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”⁶³. Es decir, el problema no es la existencia de normas que definan y constituyan la identidad de las personas y las categorías a las que pertenezcan, sino que el problema es el origen de tales normas y la relación con la autonomía personal.

Incluso si sin usar el término “estereotipo”, el *Tribunal Europeo* abordó los estereotipos normativos en casos relacionados con la identidad religiosa, como en *Leyla Şahin c. Turquía*⁶⁴. En este caso, el *Tribunal Europeo* tuvo que decidir si una prohibición de usar el velo islámico en las instituciones turcas de educación superior era compatible con la libertad de religión y el derecho a la educación (artículo 9 de la *Convención Europea* y artículo 2 del Protocolo n. 1). El *Tribunal Europeo* decidió que la Convención no había sido violada. Parte de las razones fueron que

En ese contexto, donde se enseñan y aplican los valores del pluralismo, del respeto por los derechos de los demás y, en particular, de la igualdad de hombres y mujeres ante la ley, es entendible que las autoridades relevantes

⁶¹ *Atala Riffo*, párrafo 145.

⁶² *Atala Riffo*, párrafo 140.

⁶³ *Atala Riffo*, párrafo 136.

⁶⁴ TEDH, *Leyla Şahin c. Turquía* [GC], no. 44774/98, 10 de noviembre de 2005.

deseen preservar la naturaleza secular de la institución en cuestión y, por lo tanto, considerar como contrario a tales valores permitir atuendos religiosos, incluido, como en el presente caso, el velo islámico⁶⁵.

Este caso aborda muchos temas complejos y no estoy en condiciones de discutirlos todos. El punto relevante aquí es cómo el *Tribunal Europeo* abordó lo que he llamado estereotipos normativos. En este caso, una mujer musulmana y una estudiante universitaria defendieron su derecho a cumplir con el deber religioso de llevar un velo. Este deber es parte de lo que significa ser mujer para los adherentes a esa religión y, por lo tanto, es un estereotipo normativo. El *Tribunal Europeo* tenía que decidir si la interferencia del Estado en ese estereotipo normativo era legítima o no. Como muestra el pasaje de la cita, el *Tribunal Europeo* se centró principalmente en los argumentos del secularismo y la democracia, pero también se basó en los argumentos de la igualdad de género. Sin embargo, desde mi punto de vista, el *Tribunal Europeo* no notó la relación entre el deber religioso y la identidad de la solicitante. Y en consecuencia, tampoco notó el vínculo entre el punto bajo discusión y la pregunta por el carácter opresivo de la legislación.

En mi opinión, dada la estrecha relación entre los estereotipos normativos y la identidad, la pregunta acerca de cómo enfrentar los estereotipos normativos se vuelve más compleja. Esto significa que, no solo resultaría injustificado un rechazo general, sino también que en algunos casos se justificaría exigir a los jueces que apliquen normas generales que tengan dentro de su justificación ese tipo de estereotipos. Pero, ¿por dónde empezar?

En primer lugar, al igual que con los estereotipos descriptivos, la etapa pedagógico-filosófica es indispensable. Más allá de lo que acabamos de decir sobre la relevancia de algunas normas sociales para la determinación de roles en los que las mismas personas se identifican, parte del problema con los estereotipos normativos es que las personas que pretenden imponerlos no advierten su naturaleza convencional y, por lo tanto, 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,

⁶⁵ *Şahin*, párrafo 116. (Traducción propia de la versión oficial en inglés).

buscando que quien estereotipa entre seriamente en contacto con el grupo afectado y procure conocerlo.

Como segundo paso, es necesario distinguir entre un sentido interno y externo de los estereotipos normativos. El estereotipo es internamente convencional cuando las personas de cuya convergencia de comportamiento depende la existencia de la norma social, son también los destinatarios del estereotipo. El estereotipo es externo cuando no existe tal coincidencia. Dicho de otra manera, 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 esta base, 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 un individuo o a un grupo que se resiste a ella. En estos casos, los estereotipos afectan la autonomía de los individuos o grupos que resisten la norma y la atribución de los roles que presupone.

Finalmente, 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 le asigna. El reconocimiento, en cambio, requiere entender el significado que tiene tal comportamiento para aquellos cuya identidad está constituida por el estereotipo. Ese fue el problema, en mi opinión, en el caso *Şahin*⁶⁶. Por lo tanto, el caso debería haberse evaluado en relación con el valor de la autonomía.

Ahora, esto no resuelve todos los problemas. 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

⁶⁶ El *Tribunal Europeo* 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 c. Suiza*, no. 60119/12, CEDH, 8 de diciembre de 2015 (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”).

entre la identidad, la autonomía y otros valores, como la igualdad misma. Como, por ejemplo, respecto de la división de los roles parentales entre hombres y mujeres. Pero el punto aquí es que la relación entre los estereotipos normativos, la identidad y la autonomía, no puede pasarse por alto.

IV. Conclusiones

De acuerdo con el análisis que he intentado ofrecer en las secciones precedente, parece posible distinguir, tanto en los usos de la *Corte Interamericana* y del *Tribunal Europeo*, como desde un punto de vista conceptual, dos tipos de uso de estereotipos. Por un lado, los estereotipos que pretenden ofrecer información sobre las características de un grupo y de cada uno de sus miembros (estereotipos descriptivos). Por otro lado, los estereotipos que pretenden definir y constituir los roles que los miembros de una categoría o grupo social deben asumir (estereotipos normativos). He intentado poner en contexto ambos usos, comparándolos, por un lado, con las generalizaciones acerca de grupos sociales y, por otro lado, con las normas que imponen roles a ciertos grupos. De esta comparación ha surgido, creo, que es necesaria una teoría de grano fino acerca de los criterios para enfrentar los efectos perjudiciales del uso de estereotipos. En este sentido mi propuesta, brevemente, ha sido la siguiente.

Frente a la sospecha de la incidencia de un estereotipo detrás de una práctica social o de una norma, el primer paso es determinar si se trata de un enunciado con pretensiones descriptivas o normativas. El segundo paso consiste en señalar el estereotipo, asumiendo una perspectiva pedagógica destinada a hacer notar a quien estereotipa la naturaleza contingente (no necesaria ni conceptual ni natural) de su enunciado, ya sea porque es empírico -en el caso de los estereotipos descriptivos-, ya sea porque es convencional -en el caso de los estereotipos normativos.

Un vez superado este paso, los siguientes se distinguen según el tipo de uso. Tratándose de un estereotipo descriptivo, el criterio de relevancia es la afectación o no al principio de igualdad y ello depende de que el estereotipo posea importe cognitivo y de que no afecte los derechos de un grupo vulnerable. Un estereotipo posee importe cognitivo cuando cuenta con base estadística, es decir, cuando ofrece información correcta. De lo contrario, si el estereotipo no tiene base estadística, debe ser abandonado, pues la práctica o la norma que se apoyan en él violan el principio de igualdad. Ahora bien, es indispensable que la posesión o no de base estadística corra por cuenta de quien

defiende la práctica o norma sospechada de discriminatoria. Además, debe controlarse que la conformación misma de la estadística no sea sesgada ni incorpore conceptos valorativos implícitos y controvertidos.

De todos modos, incluso cuando el estereotipo posee base estadística y, por lo tanto, ofrece información correcta acerca de un grupo, si apoya una práctica o una norma que limita los derechos de los grupos vulnerables, la decisión debe ser tomada dejando de lado la generalización y analizando los rasgos del caso individual. Solo de ese modo se evita el riesgo de perpetuar las condiciones que condujeron a la situación de vulnerabilidad del grupo. Por supuesto, si el estereotipo es usado por una norma que amplía los derechos de un grupo vulnerable, entonces la norma está justificada en cuanto tienda a reparar o disminuir las consecuencias de pertenecer al grupo vulnerable. En este último caso, la norma puede pretender cambiar el estado de cosas que hace que el estereotipo sea verdadero (como en el caso de las acciones positivas) o puede pretender reducir los efectos negativos de ese estado de cosas (como en el caso de los derechos sociales).

Por otro lado, tratándose de un estereotipo normativo, el criterio de relevancia es la afectación o no de la autonomía personal. Dado que los estereotipos normativos desempeñan un papel fundamental en la construcción de identidades, es necesario 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. 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.

V. Bibliografía

- Akerlof, G.A. y Kranton, R.E., *Identity Economics. How Our Identities Shape Our Work, Wages, and Well-being*, Princeton, Princeton University Press, 2010.
- Appiah, K.A., "Stereotypes and the Shaping of Identity", *California Law Review*, 88, 1, 2000, pág. 41-53.
- Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, Princeton, Princeton UP, 2005.
- Arena, F.J., "Los estereotipos normativos en la decisión judicial", *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, 29, 1, 2016, pág. 51-75.
- Arena, F.J., "The pragmatics of Stereotypes in Legal Decision Making", en Poggi, F. y Capone, A. (eds.), *Pragmatics and Law: Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht Springer, 2017a, pág. 379-399.
- Arena, F.J., "El papel de los estereotipos en la jurisprudencia mexicana sobre matrimonio igualitario", en Alterio, M. y Niembro, R. (eds.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, Ciudad de México Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM, 2017b, pág. 163-201.
- Case, M.A., "'The Very Stereotype the Law Condemns': Constitutional Sex Discrimination. Law as a Quest for Perfect Proxies", *Cornell Law Review*, 85, 5, 2000, pág. 1447-1491.
- Clérico, L., "Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos", *REDEA. Derechos en acción*, 2, 5, 2017, pág. 206-241.
- Cook, R.J. y Cusack, S., *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010.
- Franklin, C., "The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law", *New York University Law Review*, 85, 2010, pág. 83-173.
- Jussim, L., et al., "The Unbearable Accuracy of Stereotypes", en Nelson, T. D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, New York Psychology Press - Taylor and Francis, 2009, pág. 199-227.
- Lakoff, G., *Women, Fire, and Dangerous Things. What Categories Reveal about the Mind*, Chicago - Londres, The University of Chicago Press, 1987.
- Mervis, C.B. y Rosch, E., "Categorization and Natural Objects", *Annual Review of Psychology*, 32, 1981, pág. 89-115.

- Moreau, S., "The Wrongs of Unequal Treatment", *University of Toronto Law Journal*, 54, 3, 2004, pág. 291-326.
- Nelson, T.D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*; New York, Psychology Press - Taylor and Francis, 2009.
- Oakes, P., et al., *Stereotyping and Social Reality*, Oxford, Blackwell, 1994.
- Pou Giménez, F., "Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos. La discriminación por edad y género en el mercado laboral", *Discusiones*, 16, 1, 2015, pág. 147-188.
- Rosch, E. y Lloyd, B.B. (eds.), *Cognition and Categorization*; Hillsdale, NJ, Erlbaum, 1978.
- Schauer, F., *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003.
- Searle, J.R., "A Taxonomy of Illocutionary Acts", *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, 6, 1975, pág. 334-369.
- Stangor, C. (ed.), *Stereotypes and Prejudice*; Philadelphia, Psychology Press, 2000.
- Timmer, A., "Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 11, 4, 2011, pág. 707-738.
- 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*, 63, 1, 2015, pág. 239-284.

Sentencias

- Corte de Apelaciones del 10mo circuito, *Moritz v. Comm'r*, 469 F.2d 466, 467 (10th Cir. 1972).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras ("Campo algodonero") vs. México*, sentencia del 16/11/2009.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba "caso Montserrat"*, G. 653. XXXIII, 19/09/2000;
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schiffrin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa*, CSJ 159/2012 (48-S)/CS1, 28/05/2017

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva SRL y otros s/amparo*, S. 932. XLVI, 20/05/2014

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Aksu c. Turquía [GC]*, no. 4149/04 y 41029/04, 15 de marzo de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Alajos Kiss c. Hungría*, no. 38832/06, CEDH, 20 de mayo de 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kiyutin c. Rusia*, no. 2700/10, 11 de marzo de 2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Konstantin Markin c. Rusia [GC]*, no. 30078/06, 22 de marzo de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Leyla Şahin c. Turquía [GC]*, no. 44774/98, 10 de noviembre de 2005.