
DISCUSIONES 28

1 - 2022

LA FUNCIÓN DE LOS ESTEREOTIPOS EN EL DERECHO



EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SUR

Director

Federico José Arena (Conicet, Argentina)

Secretaría de redacción

Daniela Domeniconi (Universidad Nacional de Córdoba)

Sofía Pezzano (Conicet, Argentina)

Comité Científico

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Pierluigi Chiassoni (Università di Génova, Italia)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Francisca Pou Giménez (ITAM, México)

Susanna Pozzolo (Università di Brescia, Italia)

Cristina Redondo (Conicet, Argentina)

Consejo Editorial

Juan Cumiz (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Natalia Scavuzzo (Università di Genova, Italia)

Valeria Trotti (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Diego Dei Vecchi (Universitat de Girona, España)

*Editores de sección**Discusiones: Cortes.*

Flavia Carbonell (Universidad de Chile)

Carolina Vergel (Universidad Externado de Colombia)

Discusiones: Libros.

Lorena Ramírez (Universidad Pompeu Fabra, España)

Janaina Roland Matida (Universidad Alberto Hurtado, Chile)

Discusiones: Balance

Laura Manrique (Conicet, Argentina)

Pablo Rapetti (ITAM, México)

DIRECCIÓN POSTAL

Avda. Colón 50, planta alta, Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, CP B8000HZK, Argentina.

DIAGRAMACIÓN:

Fabían Luzi

DISCUSIONES 28

1 -2022

“LA FUNCIÓN DE LOS ESTEREOTIPOS EN EL DERECHO”



PAOLA PAROLARI

(EDITORA)

ÍNDICE

EN RECUERDO DE EUGENIO BULYGIN.....	5
EUGENIO BULYGIN 1931-2021	
PABLO E. NAVARRO (<i>Conicet, Argentina</i>)	7
SECCIÓN I: DISCUSIÓN	
Estereotipos, género y derecho. Apuntes para introducir una discusión. <i>Stereotypes, Gender and Law. Notes to introduce a debate</i>	21
PAOLA PAROLARI (<i>Università degli Studi di Brescia, Italia</i>)	
El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio. <i>The Role of Stereotypes in the Forms of Complex Inequality: Some insights from the feminist critique of anti-discrimination law</i>	37
ELENA GHIDONI (<i>Universidad de Deusto, Bilbao, España</i>)	
DOLORES MORONDO TARAMUNDI (<i>Universidad de Deusto, Bilbao, España</i>)	
Los estereotipos en el Derecho Antidiscriminatorio: Comentario. <i>Stereotypes in Antidiscrimination Law: Commentary</i>	71
LOURDES PERONI (<i>Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), Paraguay</i>)	

Esteretipos y derecho antidiscriminatorio: algunas reflexiones para desarmar la desigualdad compleja. <i>Stereotypes and Anti-Discrimination Law: Some reflections to dismantle complex inequality</i>	87
LILIANA RONCONI (Conicet-Universidad de Buenos Aires, Argentina)	

Análisis contextual, interseccionalidad y función justificativa de los estereotipos en el derecho: una réplica. <i>Contextual Analysis, Intersectionality and Justificatory Function of Stereotypes in Law: A Reply</i>	111
ELENA GHIDONI (Universidad de Deusto, Bilbao, España)	
DOLORES MORONDO TARAMUNDI (Universidad de Deusto, Bilbao, España)	

SECCIÓN II: DISCUSIONES: CORTES

Dominic Ongwen en la Corte Penal Internacional: un análisis feminista sobre crímenes internacionales y subjetividades complejas en la guerra. <i>Dominic Ongwen at the International Criminal Court: A Feminist Analysis on International Crimes and Complex Subjectivities in War</i>	133
MARÍA DANIELA DÍAZ-VILLAMIL (Universidad Externado de Colombia, Colombia)	

SECCIÓN III: DISCUSIONES: LIBROS

Sin convicciones sobre el futuro. Una observación a “Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso” de Jordi Ferrer a propósito de la prueba cautelar. <i>No Convictions about the Future. Remarks on “Evidence without Conviction: Standards of evidence and due process” by Jordi Ferrer regarding precautionary evidence</i>	161
JONATAN VALENZUELA (Universidad de Chile, Chile)	

SECCIÓN IV: DISCUSIONES: BALANCE

Autonomía moral kantiana y autonomía personal: convergencias a propósito del principio de daño. <i>Kantian Moral Autonomy and Personal Autonomy: Convergences regarding the harm principle</i>	183
ALEXANDER VARGAS TINOCO (Universidad Externado de Colombia, Colombia)	

INSTRUCCIONES PARA LAS/OS AUTORAS/ES	215
--	-----

EN RECUERDO DE EUGENIO BULYGIN

El año pasado recibimos la triste noticia del fallecimiento de Eugenio Bulygin (1931-2021). Entre muchas otras cosas, el profesor Bulygin es parte fundamental de la historia de esta revista. No solo por su vínculo con la Universidad Nacional del Sur, sino también por su estrecha colaboración y amistad con quienes fueron sus fundadores y directores. Hemos dedicado estas páginas de la revista para homenajearlo, en las palabras de quienes lo conocieron. Si bien la actual contribución de Pablo Navarro será la última incluida en este espacio, el recuerdo del Profesor Bulygin permanecerá imborrable para quienes hacemos esta revista.

EUGENIO BULYGIN 1931-2021

1.

El 11 de mayo de 2021, falleció en Buenos Aires Eugenio Bulygin, uno de los más importantes filósofos del derecho contemporáneos. En estos últimos meses, diversas Universidades, editoriales y colegas han recordado su trayectoria académica y su evolución intelectual¹. Así, la revista *Discusiones* ha publicado dos notas, de Ricardo A. Caracciolo (2021) y Andrés Bouzat (2021), que reseñan de manera maravillosa no solo las ideas principales de la teoría jurídica de Eugenio sino también su papel de arquitecto en la consolidación de grupos académicos y su apoyo infatigable a jóvenes que iniciaban su carrera académica. Todas estas publicaciones desgranar los eventos centrales de su biografía, los datos sobresalientes de su producción intelectual y analizan con cierto detalle sus contribuciones a la teoría del derecho, la lógica deóntica y la filosofía en general.

Por esas razones, no pretendo en esta nota comentar la impresionante obra filosófica de Eugenio, su impecable trayectoria universitaria, o su labor judicial. En el mejor de los casos, ese empeño resultaría una repetición poco interesante de aquello que ya se ha escrito previamente². Por ello, escogeré, como palabras de despedida a un amigo y maestro entrañable, un puñado de anécdotas, que dejan ver a trasluz algunos de los rasgos más característicos de la personalidad de Eugenio. En general, los contextos en que Bulygin relataba y/o protagonizaba estas anécdotas están ligadas a

¹ Por ejemplo, la noticia del fallecimiento de Bulygin ha sido recogida por *Ratio Juris*, *Análisis Filosófico*, *Doxa*, *Análisis e Diritto*, *Isonomía*, *Revista Latinoamericana de Filosofía*, etc. En estas y otras publicaciones, las palabras de despedida han correspondido a José Juan Moreso, Juan Pablo Alonso, Rodolfo Vázquez, Alejandro Calzetta, Julieta Rábanos, Cristina Redondo, etc.

² He analizado los aspectos centrales de la obra de Bulygin en diversas publicaciones. Véase, por ejemplo, Navarro, 2004 y Navarro, 2015

diferentes viajes y muestran el modo en que fue desarrollándose mi amistad con Eugenio. Tuve la fortuna de coincidir con Bulygin en distintas ciudades de América y Europa (*e. g.*, Buenos Aires, Mar del Plata, Curitiba, Siena, Madrid, Barcelona, etc.) y podría decirse que, aun cuando intercambiábamos correspondencia y llamadas telefónicas con cierta frecuencia, nuestra amistad se tramó en el contexto de numerosos viajes a lo largo de 30 años.

2.

Eugenio era un narrador apasionado, que elegía cuidadosamente las palabras de sus relatos y las expresaba con voz grave y sonora, llena de entonaciones peculiares en las que se adivinaba que el castellano había sido aprendido recién en su juventud. Con frecuencia Bulygin recordaba su estancia en Oxford, en el año académico de 1968-1969. De esa época conservaba en su memoria las tardes de estudio en la Bodleian Library, las agitadas conversaciones con Eduardo Rabossi, Genaro Carrió y Tomás Moro Simpson, luego de las reuniones de la *Philosophical Society*, soñando entonces con fundar en Argentina una institución similar³, los primeros seminarios de Ronald Dworkin como sucesor de Hart en la cátedra de *Jurisprudence*, las reuniones informales con John Mackie y Arthur Prior, en las que se divertían formulando y tratando de despejar paradojas lógico-semánticas, la generosidad de la esposa de Mackie, quien revisó minuciosamente los pri-

³ Este sueño se materializó a principio de los años 70, con la fundación de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico. En la información sobre la historia de SADAF se puede leer: “Precisamente hacia finales de la década del 60, un grupo de jóvenes y entusiastas filósofos argentinos que cursaban estudios de posgrado en Oxford se sintieron estimulados por la vida académica de aquellos lugares. Después de asistir a algunas reuniones de la *Philosophical Society* de Oxford algunos de ellos imaginaron la posibilidad de organizar una sociedad de estudios de filosofía a imagen y semejanza de aquella prestigiosa institución. Ese anhelo motorizó inicialmente la fundación de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico hasta adquirir un perfil propio y posiblemente único”. Acerca de la influencia que tuvo en Bulygin, Carrió, Rabossi y Moro Simpson la posibilidad de participar de las reuniones de la *Philosophical Society*, véase, Bulygin, 2017, p 28.

meros borradores de *Normative Systems*⁴, escrito conjuntamente con Carlos E. Alchourrón, su casa, *Queen Elizabeth House*, su amistad con Genaro Carrió (a quien los amigos llamaban cariñosamente “Tito”), favorecida por el hecho de que ambos vivían en la misma residencia, los lentos paseos por Longwall St. y St. Cross Road en la niebla azul del invierno oxoniense.

Eugenio había conocido en Argentina a grandes maestros (e. g., Gioja y Cossio), pero ese período en Oxford produjo en Bulygin un deslumbramiento con la riqueza filosófica, la sofisticación académica y el grave peso de la historia que desprenden los antiguos *Colleges* de *Oxford University*. Recordaba con entusiasmo la enorme libertad de los docentes para escoger la temática a desarrollar en sus cursos y la capacidad de la universidad para escoger a los mejores académicos para sus cátedras, con independencia de sus publicaciones o doctorados. Por ejemplo, recordaba que Ronald Dworkin, H.L.A Hart o P.S. Strawson ocuparon cátedras prestigiosas, aunque no tenían título doctoral y añadía también que era usual que la pasión y sofisticación filosófica de esos grandes profesores se manifestase más en las tutorías y las discusiones individuales que en las clases multitudinarias de grado. Por ejemplo, siempre remarcaba que las clases de grado de A.N. Prior eran relativamente descuidadas y que, como consecuencia de ese desinterés, con frecuencia se equivocaba en las citas y demostraciones. Sin embargo, subrayaba, en los seminarios de doctorado era de una claridad y acierto casi absoluta.

Tal vez no haya que juzgar con demasiado rigor a un profesor por una mala clase, o a los lógicos cuando las pruebas son esquivas. Ciertamente, Bulygin recordaba esos momentos con indulgencia, consciente de que, por cualquier razón, los pasos sencillos de una demostración se vuelven difíciles de encontrar. Recuerdo que el mismo Eugenio solía ocasionalmente fracasar en sus seminarios cuando era imprescindible abordar aspectos formales de un argumento. Por ejemplo, en 1997, en la Universidad *Pompeu Fabra*, José Juan Moreso tuvo que acudir en su auxilio para demostrar que, si un sistema es completo y coherente en un universo UC, entonces mantiene esa característica en otros universos más finos, pero las propiedades adicionales

⁴ Alchourrón y Bulygin, 1971.

que caracterizan a esos universos más finos son irrelevantes siempre que el sistema mantenga su coherencia (Alchourrón y Bulygin, 1971, p. 100).

Tal vez, enfrentados a ese amargo trance, otros académicos hubieran pretendido disimular su difícil situación, o matizar el apuro de enredarse en un argumento, pero, en esa ocasión, Bulygin asumió su fracaso con naturalidad y bonhomía, agradeciendo sinceramente la ayuda de José Juan y aplaudiendo públicamente su demostración.

3.

En septiembre del 2010 coincidimos durante varios días en la Universidad de Oxford, en el congreso *Legal Science and Legal Theory*, organizado por Luis Duarte D'Almeida, Leslie Green y John Gardner, para conmemorar los 50 años de la publicación de la famosa segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen. Una tarde, al finalizar las sesiones del congreso, fuimos hasta *The Mitre*, un pub clásico en High Street. Allí, poco a poco, acompañados por el lento trasegar de unas *Guinness*, conté que una tarde de 1969, junto con Genaro Carrió, fueron a casa de G.E.M. Anscombe y recogieron un sobre voluminoso para entregar a von Wright, ya que en la mañana siguiente ellos viajarían a Cambridge a visitar al profesor finlandés. Miss Anscombe, con cierto recelo, les confió el paquete, recomendándoles mucho cuidado porque contenía papeles extraordinariamente valiosos. Por supuesto, Bulygin y Carrió se sintieron inmediatamente intrigados y al llegar a su casa, con mucha delicadeza, deshicieron los nudos del cordel que ceñía el paquete y vieron en su interior el manuscrito de *On Certainty* de Ludwig Wittgenstein⁵. Deslumbrado por ese inesperado descubrimiento, Bulygin exclamó:

- ¡Tito, Tito!, ¡quemémoslo!

Carrió, temiendo por la salud mental de su amigo, se negó firmemente y lo interpeló sobre las razones de tamaño desatino. Eugenio respondió:

- Porque así seguro que nos hacemos famosos...

⁵ Pocos meses después, ese manuscrito sería publicado por primera vez, en una edición de von Wright y Anscombe. Véase Wittgenstein, 1969.

En ese momento, Bulygin, luego de rematar el relato, dejó suelta su inconfundible risa, mientras sus ojos se llenaban de picardía y diversión. Estoy seguro de que esta anécdota fue ganando algún detalle cada vez que Eugenio volvía sobre ella (en verdad, luego la escuché al menos un par de veces más) y que la concordancia con los sucesos reales probablemente sea bastante tenue. Sin embargo, no tengo duda alguna de que Bulygin no perseguía la fama, ni le interesaban demasiado los esfuerzos para conseguirla o mantenerla. Por supuesto, era consciente de la importancia de sus escritos, sus palabras y su trayectoria, al igual que lo complacía los reconocimientos (*e. g.*, premios, condecoraciones, títulos académicos honoríficos, etc.) pero jamás hacía ostentación de ellos, nunca los invocaba para establecer su autoridad como peso adicional a sus argumentos y tampoco los enseñaba para lograr aplausos o complacencias.

4.

En junio de 2001, mientras Bulygin era presidente de la Asociación Mundial de Filosofía Jurídica y Social (IVR, por sus siglas en inglés), se realizó en Ámsterdam el vigésimo Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social. Volamos desde distintos lugares, pero llegamos simultáneamente a Ámsterdam, a la mañana del día anterior de la inauguración del congreso. Al mediodía, le comenté a Eugenio que el brusco cambio del invierno argentino al verano europeo me había perjudicado bastante y que notaba los escalofríos propios de un resfriado, que amenazaba con empeorar progresivamente. Por la tarde, le dije a Eugenio que saldría al centro a buscar algún alivio para mis dolencias e inmediatamente se ofreció a acompañarme. Emprendimos nuestro camino y a los pocos minutos encontramos una amplia tienda que, entre otras cosas, también tenía un sector dedicado a remedios y oftalmología. En mi precario inglés, le dije al dependiente que era lo que me aquejaba y necesitaba. Me ofreció dos medicamentos, advirtiéndome que eran muy fuertes y debían administrarse con precaución. Le pedí que me diese un frasco de cada uno de ellos, pero respondió “No, no”, mientras se retiraba unos cuantos pasos para ponerse a salvo de mi codicia. Dijo que de ninguna manera podían combinarse y que, por tanto,

debía elegir solo uno de ellos. En voz baja, le susurré a Eugenio que una disyunción de soluciones maximales no es una solución maximal. Bulygin me miró con curiosidad, como si estuviera en frente de una persona enajenada, y resolvió rápidamente la situación. Le indicó al encargado que le cobrase el que celosamente escondía en su mano derecha y salimos raudamente de la tienda... ¡a buscar una nueva farmacia donde comprar el otro medicamento que nos habían negado!

Yo empeoraba rápidamente y ya sentía los mordiscos de la fiebre. Nada grave, pero me preocupaba que no pudiera intervenir en el congreso. Por suerte, en un local cercano, Bulygin consiguió el remedio que faltaba y mientras nos tomábamos un descanso –y unas pintas de cerveza holandesa para recuperarnos del esfuerzo– vi que el prospecto del remedio estaba en neerlandés y, por supuesto, no entendía absolutamente nada. Entonces, pregunté:

- Eugenio, ¿usted sabe qué es lo que dice aquí?

Bulygin leyó cuidadosamente el papel, que tenía un recuadro y unas letras en negritas advirtiendo –según pude saber más tarde– que no se debía ingerir más de una grajea por día. Me dijo: “Tendrías que tomarte dos ahora y una después de cenar”. Advertí espantado que las indicaciones del prospecto estaban ilustradas con dos tibias y una calavera y comenté que tal vez fuese peligroso exceder la dosis prescrita. Su maravillosa respuesta fue una sonora carcajada, acompañada de una memorable sentencia:

- ¡No te preocupes, Pablo! Aquí son un poco flojos.

Por supuesto, con esta anécdota no pretendo destacar las dudosas habilidades de Bulygin como boticario, sino recordar un rasgo distintivo de su carácter: el optimismo. Al respecto, Ernesto Garzón Valdés (2021, p. 16), en un escrito traducido por Paolo Comanducci para *Analisi e Diritto*, señala:

Nunca he conocido a nadie que inculque en sus interlocutores un mayor optimismo que el que infunde Eugenio. Es la única persona inteligente que conozco que está (o demuestra estar) siempre feliz. Vista desde esta perspectiva, su risa franca y sonora... adquiere un valor positivo. De hecho, le permite insertar una nota de afable cordialidad que sirve para ocultar sus propias preocupaciones y estimular en el oyente una actitud que tiende a superar la amargura y la tristeza.

5.

Bulygin era un viajero apasionado. Al igual que no dudaba en desplazarse a Bahía Blanca, o a Vaquerías para apoyar a grupos de jóvenes que intentaban consolidar un nuevo espacio para la filosofía del derecho, no dudaba en armar sus maletas para asistir a las reuniones de la IVR en New York, a los congresos de “Imperia” en alguna ciudad europea, o se trasladaba junto con su mujer, Elvira, a Santa Catalina, Córdoba, a cuidar de las acequias coloniales, la espléndida iglesia jesuítica, o un simpático burro que acudía alegremente a saludarlo cada vez que sentía el llamado de Eugenio.

Viajaba ligero de equipaje, con entusiasmo por la gente, la gastronomía y la cultura de los destinos que escogía, disfrutando de las cosas que le ofrecía la vida. En general, los viajeros pueden dividirse en dos clases muy diferentes. Por una parte, están quienes ven en las travesías una recompensa incierta, una fatiga segura y peligros probables⁶. En este sentido, viajar es esforzarse y viajero es quien afronta una fatiga o tormento. Por otra parte, están quienes ven en los viajes una oportunidad para encontrar nuevas rutas interiores, que permiten enriquecer las experiencias vitales y madurar como personas. Para este caso podría recordarse que “viajar” proviene del catalán “viatge”, y a su vez, del latín “viaticum” y que en la raíz de todas estas expresiones está contenida la idea de *vía*, de *camino*.

Tal vez yo pertenezca a la primera clase de viajeros, pero sin duda, sería más acertado incluir a Eugenio en la segunda clase. Yo le contaba con frecuencia de mis peripecias en el *Camino de Santiago*, como peregrino hacia Compostela. No le impresionaban en absoluto esas fatigas, el afán de recorrer España a pie, siguiendo la flecha amarilla que impulsa hacia el fin de la tierra, agotando el horizonte día tras día, siguiendo una ruta milenaria de la humanidad. Más bien, lo divertía la idea misma de peregrinar hasta un sepulcro. Sin embargo, una tarde en Santa Catalina, luego de derrotarme al ajedrez, me dijo que él también había recorrido cerca de 200 kilómetros del Camino de Santiago, pero en Francia, siguiendo una remota ruta de

⁶ Es conocido que el verbo inglés “*To travel*” remite a la palabra francés que se refiere al esfuerzo, al trabajo (“*travail*”) y que esta última deriva a su vez de la palabra latina “*tripalium*”, que era una suerte de instrumento de tortura.

iglesias románicas. Ingenuamente le pregunté durante cuánto tiempo había caminado. Se ríe con malicia y me respondió: “Cerca de veinte minutos, porque hice todo ese Camino en coche”.

Tal vez, con sus viajes, incluso los más lúdicos o las más académicamente dedicados, Eugenio honraba un profundo sentido de lo humano, que se manifiesta en la pasión por conocer, recorrer un camino personal y encontrar un lugar en el mundo. Acaso este sea el sentido más profundo del humanismo: buscar nuestro propio camino, nuestro destino y, en este sentido, promover la libertad del individuo por sobre las inevitables ataduras de la naturaleza y el estrecho cerco de los ritos y costumbres sociales⁷. Desde esta perspectiva, el “Bulygin viajero” era profunda y conmovedoramente humano. Era un individuo que en su niñez había sufrido en carne propia el exilio y las persecuciones, que había sido violentamente desarraigado de su tierra y su lengua materna, que había visto de cerca el desconsuelo que acompaña a la guerra y la pobreza⁸. Tal vez, entonces, para Bulygin los viajes eran, de alguna manera, siempre una forma de regresar, de reconocer y de crecer personalmente.

6.

En marzo de 2017, dictamos conjuntamente durante una semana un curso en la Universidad del Externado en Colombia. Allí, Julia Rodríguez Torres y Gerardo Barbosa Castillo fueron unos anfitriones excepcionales, que lograron que Bulygin se sintiese más como un amigo entrañable que como un reconocido profesor. Por las mañanas, luego de preparar nuestras clases, dábamos un paseo por La Candelaria, caminando lentamente para mitigar los efectos de la altura, que agobiaba el pecho y la garganta. Respetando la fragilidad de sus 85 años, nos refugiábamos de la llovizna usual de Bogotá en algún café, en el Museo Botero, en el Centro Cultural García Márquez, o en el Museo del Oro, fuera de La Candelaria, pero cerca de donde está-

⁷ Para un desarrollo de estas ideas acerca del humanismo y las humanidades, véase, von Wright, 1993.

⁸ Bulygin deja entrever estas privaciones de su infancia y juventud en Bulygin, 2015.

bamos alojados. Por las noches cenábamos juntos y, en la primera comida, me entregó un billete de 100 dólares para que pagase las bebidas (que no estaban incluidas en el vale de la universidad) y me subrayó que, cuando se acabase esa provisión de fondos, me daría otra dotación adicional y así sucesivamente. Para acallar mis (pocas) protestas y alivianar mi vergüenza, dijo: “No te preocupes. Ya soy viejo y no tengo grandes oportunidades de gastar el dinero. Además, así evitamos perder el tiempo en discutir acerca de quién paga las consumiciones”.

Por supuesto, sería una tontería medir la generosidad de Eugenio por medio de esta anécdota, pero también sería una estupidez omitir el alto grado de desprendimiento personal, lealtad y afecto con que honraba a sus amigos. Una vez, en Génova, en junio del 2000, Bulygin, como presidente de IVR había influido para que me invitasen a un congreso. Cuando comencé a agradecerle su gestión, cortó de raíz mi perorata y, levantando el dedo índice de la mano derecha, de manera solemne proclamó: “¡Nadie jamás podrá acusarme de ser imparcial!”.

En esa semana en Colombia conversamos mucho sobre análisis filosófico y las transformaciones de la filosofía analítica, de sus lecturas (e. g., Wittgenstein, Popper) que pocas veces se manifestaron en sus escritos, de las razones para su desapego frente a *The Varieties of Goodness* de G. H. von Wright (1963), de los jóvenes talentos surgidos de su seminario permanente de teoría del derecho en la UBA, etc. Por supuesto, no eran conversaciones exhaustivas, sino que los temas fluían de manera natural, al hilo de una conversación que iba menguando conforme avanzaba la noche. De estas charlas informales recuerdo que volvía con cierta recurrencia a su reciente polémica con Juan Carlos Bayón y Juan Ruiz Manero, tratando de reformular sus argumentos que él consideraba irrefutables y que, en mi opinión, aun eran (son, tal vez) insuficientes. En cierto modo, Eugenio padecía en esas últimas polémicas, al igual que en sus discusiones con el realismo genovés, no tanto porque careciera de argumentos para defender su posición sino por el temor de no haber comprendido adecuadamente, o haber pasado por alto, algunos detalles de las posiciones de sus amigos y, en esta oportunidad, ocasionales adversarios. Esos padecimientos, en unos pocos casos, se convertían en una leve amargura. Ello ocurría con algunas cuestiones vinculadas a la filosofía moral. En ciertas ocasiones, Eugenio

sentía que sus argumentos escépticos, tributarios de su emotivismo en materia moral, eran vistos como una suerte de frivolidad intelectual, algo que sus amigos disculpaban solo como una suerte de ingenua diversión; como algo que, en definitiva, no valía la pena tomar en serio. En su opinión, el emotivismo era una doctrina filosófica importante⁹, que valía la pena considerar atentamente y también creía que, en la práctica, nuestras acciones estaban determinadas más por nuestro temperamento o educación que por la adhesión a una teoría moral. En este sentido, sus comentarios, (y, en particular, su posición personal) evocaban a Carnap, quien decía:

Muchos de esos filósofos que sostienen la tesis de una fuente especial para el supuesto conocimiento de los valores absolutos piensan que cualquiera que rechace su fuente en particular no puede tener ningún valor moral en absoluto. Me inclino a pensar de manera bastante general que la aceptación o el rechazo por parte de alguien de cualquier tesis particular relativa a la naturaleza lógica de los enunciados de valor y la clase y fuente de su validez tiene, por lo general, una influencia muy limitada sobre sus decisiones prácticas. El comportamiento en situaciones dadas y la actitud general de las personas está determinada principalmente por su carácter y muy poco, si es que lo está, por las doctrinas teóricas a las que se adhieren (1963, 82).

Pero, de ninguna manera la amargura o la melancolía eran sensaciones en las que Eugenio se quedase instalado mucho tiempo. Era impropio de su naturaleza quejarse o compadecerse, aunque tendía a mostrarse compasivo frente a los infortunios o debilidades humanas. Así, reaccionaba con pena, pero con preocupación y empatía cuando se enteraba de algún conflicto que había separado en la academia o en la vida privada a personas a quienes conocía y profesaba afecto. Veía esos acontecimientos con cierta dosis de fatalismo, como quien lee en esos tropiezos las contingencias que los dioses de las tragedias griegas han tramado para poner a prueba a los mortales.

⁹ En particular, en los últimos años, Eugenio rescataba con aprobación al emotivismo de von Wright. Véase, von Wright, 2000.

7.

La semana en Bogotá en 2017 fue la última vez que coincidimos en nuestros viajes. En la última noche, cenando en el restaurante del *Hotel de la Opera*, Eugenio emprendió una larga exposición sobre literatura y autores rusos, dejando en claro su pasión por la poesía y un conocimiento apabullante de los clásicos, que había aprendido al calor de su familia, en su niñez y juventud. En los primeros días del viaje había comprado en la librería del Fondo de Cultura, en el barrio de La Candelaria, el “Curso de literatura rusa” de Nabokov (2009). En verdad, ese libro no le había gustado mucho. El texto está armado a partir de notas, conferencias y apuntes de clases, con un resultado que él juzgaba decepcionante, pero mi desconocimiento de esa literatura le parecía un pecado aún mayor. Le recordé que muchos años atrás, una tarde en Santa Catalina, cuando le dije que me aburría mortalmente *La montaña mágica* de Thomas Mann (que él, por supuesto, leía en alemán), gritaba a voz en cuello: “Eres un bruto, eres un bruto”. Se rio, entonces, con una carcajada que sobresaltó a los camareros del restaurante del hotel, que discretamente retiraban todo el servicio ya que hacía un buen rato que éramos los últimos comensales.

Al momento de despedirnos, con un abrazo fuerte, me dijo que no tardase en visitarlo en Buenos Aires o en Santa Catalina ya que a su edad cualquier día podía ser el último día. Sus palabras no eran amargas sino más bien ligeras, como quien disfruta, sin prisas y sin pausas, de la última copa de un vino extraordinario. Adiós, entonces, Eugenio. Adiós, Maestro. Buen viaje, buen camino.

Pablo E. Navarro
(Conicet, Argentina)

Girona, marzo de 2022

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C. y Bulygin, E (1971). *Normative Systems*. New York-Viena: Springer.
- Bouzat, A. (2021). Eugenio Bulygin, profesor de la Universidad Nacional del Sur, en *Discusiones*, 26, 9-12.
- Bulygin, E. (2015). An (Auto)biographical sketch. En Stanley L. Paulson *et al* (eds.), *Essays in Legal Philosophy* (pp. 360-364). Oxford: Oxford University Press.
- Bulygin, E. (2017). “Genaro R. Carrió: un jurista excepcional, un juez poco común y un amigo inolvidable”. En Roldán, S. (comp.), *Homenaje a Genaro R. Carrió* (pp. 23-30). Bogotá: Universidad del Externado.
- Caracciolo, R. A. (2021). Unas palabras en recuerdo de Eugenio Bulygin. *Discusiones*, 27, 9-11.
- Carnap, R. (1963). Intellectual Autobiography. En Schilpp, P. (ed.), *The Philosophy of Rudolf Carnap* (pp. 3-86). Illinois: The Library of Living Philosophers, Open Court.
- Garzón Valdés, E. (2021). Appunti sul carattere e la personalità di Eugenio Bulygin. *Analisi e Diritto*, 2021 (I), 11-17.
- Nabokov, V. (2009). *Curso de literatura rusa*. Barcelona: Ediciones B.
- Navarro, P. E. (2007). Eugenio Bulygin y la filosofía del derecho contemporánea. En Moreso, J.J. y Redondo, Cristina (eds.), *Un dialogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (pp. 15-32). Madrid: Marcial Pons.
- Navarro, P. E. (2015). Normative Systems and Legal Positivism. Eugenio Bulygin and the Philosophy of Law. En Stanley L. Paulson *et al* (eds.), *Essays in Legal Philosophy* (pp. 1-21). Oxford: Oxford University Press.
- Von Wright, G. H. (1963). *The Varieties of Goodness*. London: Routledge & Kegan, Paul.
- Von Wright, G. H. (1993). *The Tree of Knowledge and other essays*. New York: E. J. Brill.
- Von Wright, G.H. (2000). Valuations - or How to Say the Unsayable. *Ratio Juris*, 13, 347-357.
- Wittgenstein, L. (1969). *On Certainty*. Oxford: Basil Blackwell.

Sección I

DISCUSIÓN

Estereotipos, género y derecho. Apuntes para introducir una discusión

Stereotypes, Gender and Law. Notes to introduce a debate

Paola Parolari*

Recepción y evaluación de propuesta: 30/12/2020

Aceptación: 04/01/2021

Recepción y aceptación final: 03/06/2022

Resumen: Esta breve reflexión introduce la discusión sobre el artículo de Ghidoni y Morondo titulado *El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio*. En particular, después de señalar las aportaciones más interesantes e innovadoras de la propuesta de las autoras, se indicarán algunas cuestiones abiertas, a partir de las observaciones de las comentaristas Peroni y Ronconi, aunque sin limitarse a ellas. Sin embargo, preliminarmente, se ofrecerán unas breves consideraciones, por un lado, sobre la compleja relación entre derecho y estereotipos y, por otro lado, sobre las posibles aportaciones específicas de la perspectiva de género en el análisis de esta relación.

Palabras clave: estereotipos, género, derecho, discriminación, interseccionalidad.

* Doctora en “Derechos humanos: evolución, protección y límites”, Università degli Studi di Palermo, Italia. Investigadora de Filosofía del Derecho, Università degli Studi di Brescia, Italia. Correo electrónico: paola.parolari@unibs.it.

Abstract: These brief remarks introduce the debate on the essay *The Role of Stereotypes in the Forms of Complex Inequality: Some Notes from the Feminist Theory of Anti-Discrimination Law*, by Ghidoni and Morondo. In particular, after pointing out the most interesting and original contributions of the authors' proposal, some open questions will be indicated, based on the observations by the commentators Peroni and Ronconi, although not limited to them. However, preliminarily, some brief considerations will be offered, on the one hand, on the complex relation between law and stereotypes and, on the other hand, on the possible specific contributions of the gender perspective in the analysis of that relation.

Keywords: stereotypes, gender, law, discrimination, intersectionality.

1. Introducción

El tema de los estereotipos tiene una relevancia interdisciplinar, como muestran los estudios que se le han dedicado en diferentes disciplinas, como la psicología, las ciencias cognitivas, la sociología, la pedagogía y, más recientemente, los estudios jurídicos.

Sin dejar de lado las aportaciones de otras disciplinas, la discusión que aquí se propone a partir del ensayo de Ghidoni y Morondo – titulado *El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio* – se centra en un ámbito específico, que es el del derecho y, más concretamente, del derecho antidiscriminatorio. En particular, adoptando la perspectiva de la crítica feminista, las autoras utilizan los estereotipos como clave para identificar y denunciar los límites del derecho antidiscriminatorio de matriz liberal. A su vez, en sus comentarios, Peroni y Ronconi entablan un diálogo con Ghidoni y Morondo sobre diversos aspectos de su propuesta teórica, abriendo el camino a nuevas reflexiones y puntos de vista.

Estas breves consideraciones introductorias pretenden destacar los puntos más significativos e innovadores de esta discusión. En particular, después de resaltar lo que me parecen las aportaciones más interesantes de la propuesta de Ghidoni y Morondo (§ 4), se indicarán algunas cuestiones abiertas, a partir de las observaciones de Peroni y Ronconi aunque sin

limitarse a ellas (§ 5). Preliminarmente, se ofrecerán unas breves consideraciones, por un lado, sobre la compleja relación entre derecho y estereotipos (§ 2) y, por otro lado, sobre las posibles aportaciones de la perspectiva de género en el análisis de esta relación (§ 3).

2. Estereotipos y derecho: una relación compleja

Desde hace algún tiempo, la idea de que la relación entre estereotipos y derecho merece atención parece ser cada vez más compartida. Sin embargo, llevar adelante esta tarea no es fácil, porque la interacción entre los dos elementos de este binomio puede adoptar muchas formas. Por un lado, los estereotipos pueden afectar significativamente a la creación, interpretación y aplicación del derecho.

Por otro lado, el derecho puede desempeñar un papel decisivo tanto en la reproducción de los estereotipos como, a la inversa, en la lucha contra su difusión. Además, para describir la relación entre estereotipos y derecho hay que definir, preliminarmente, ambos términos, y cada uno de ellos puede definirse de formas diferentes.

En particular, por lo que respecta a la noción de estereotipo, se ha intentado precisar su significado de diversas maneras: por ejemplo, tratando de diferenciar esta noción de otras relacionadas (como prejuicio, sesgo, generalización) o distinguiendo diferentes tipos de estereotipos o, más bien, diferentes dimensiones de los mismos.

En el primer caso, se identifican diferentes conceptos de estereotipo según se asocian a uno u otro concepto relacionado. En particular, cuando se define en relación con el concepto de prejuicio, el concepto de estereotipo indica esencialmente una creencia sesgada que atribuye a un grupo determinadas características negativas. Esta conceptualización de los estereotipos —que puede denominarse “conceptualización negativa o peyorativa” (Ghidoni y Morondo, 2022a, sección 2) o “visión crítica” (Arena, 2022)— se centra principalmente en las actitudes, las emociones y el comportamiento de las personas que actúan sobre la base de los estereotipos, subrayando el nexo entre estereotipos y discriminación, y pretendiendo encontrar formas de contrarrestar los efectos negativos de estas

dinámicas.¹ En cambio, cuando se define en correlación con el concepto de generalización, el concepto de estereotipo indica un mecanismo cognitivo tendencialmente neutro, que sirve para reducir la complejidad del mundo y proporcionarnos informaciones relevantes (sobre cómo comportarnos) frente a situaciones de las que no tenemos conocimiento directo. Esta conceptualización —que puede denominarse “neutra-cognitiva” (Ghidoni y Morondo, 2022a, sección 2) o “ilustrada” (Arena, 2022)— admite que puedan existir también estereotipos positivos o neutros, y pretende desarmar solo los estereotipos negativos, en cuanto dañinos.

La segunda forma de intentar definir los estereotipos es identificar y describir sus posibles dimensiones: descriptiva, normativa y constitutiva. En particular, en su dimensión descriptiva, los estereotipos proporcionan informaciones sobre las (supuestas) características de una determinada categoría de sujetos y funcionan, en esencia, como generalizaciones, que pueden tener o no una base estadística (Schauer, 2003).² En su dimensión prescriptiva, en cambio, los estereotipos establecen la forma en que las personas que pertenecen a una determinada categoría de sujetos deben ser, aparecer y actuar, funcionando, en esencia, como normas sociales (Arena, 2016, p. 64) e imponiendo a los sujetos determinados roles en la sociedad (es decir, en última instancia, determinadas identidades, Appiah 2000). Finalmente, en su dimensión constitutiva los estereotipos concurren – mediante la identificación de ciertas características y funciones como relevantes – a identificar un conjunto determinado de personas como cate-

¹ Como reconstruye ampliamente Arena (2022, capítulo 1), la idea de estereotipo como prejuicio está tomada principalmente desde los estudios de psicología. En el ámbito de la filosofía del derecho y de la política, unas consideraciones interesantes sobre el prejuicio como opinión estereotipada ya se encuentran en Bobbio (1998).

² Como bien explica Poggi (2019, p. 287): “Los estereotipos con base estadística asocian a los miembros de un grupo una propiedad que realmente poseen: esto no significa que la mayoría de los miembros del grupo posean esa propiedad, sino que ser miembro de ese grupo y no de otro hace que la posesión de esa propiedad sea más probable. Por ejemplo, es un estereotipo que a las niñas les gusta el color rosa: si este estereotipo tiene base estadística se sigue, no que a la mayoría (es decir, al 50 por 100 + n) de las niñas le gusta el rosa, sino que, si alguien es una niña, entonces es más probable que le guste el rosa que si es un niño o una mujer o un hombre. Este estereotipo sería, en este sentido, verdadero, también si solo al 30 por 100 de las niñas le gusta el rosa si, por ejemplo, el rosa le gusta solo al 20 por 100 de las mujeres, al 26 por 100 de los niños y al 23 por 100 de los hombres”.

goría y, por tanto, a construir la propia categoría (Cook y Cusack 2010). Obsérvese, sin embargo, que no solo estas dimensiones a menudo coexisten en un mismo estereotipo, sino que están también estrechamente interconectadas y se refuerzan mutuamente: en particular, la fuerza normativa de los estereotipos está vinculada a la invisibilidad de su dimensión constitutiva, que contribuye a que aparezcan como meras descripciones de la realidad. Al mismo tiempo, muchos estereotipos tienen una base estadística descriptiva porque su dimensión prescriptiva impulsa a los individuos a ajustarse a ellos.

Además de aclarar qué se entiende por estereotipo, hay también que definir a cuáles dimensiones de los fenómenos jurídicos se pretende hacer referencia cuando se busca analizar la relación entre derecho y estereotipos (aunque sin entrar en la cuestión controvertida de la definición del concepto de derecho). En particular, preliminarmente, cabe establecer si se quiere investigar sobre cómo los estereotipos pueden influir en el funcionamiento del derecho o, en cambio, sobre cómo el derecho puede ser utilizado como un medio para contrarrestar los estereotipos.

En el primer caso, hay que tener en cuenta que los estereotipos pueden afectar a todas las etapas de la vida del derecho, desde su producción hasta su interpretación y aplicación. Además, en relación con la aplicación del derecho (judicial, pero no solo), los estereotipos también pueden influir en la reconstrucción de los hechos y en la forma en que se interpretan las acciones de los sujetos. Sin embargo, lo que todas estas situaciones tienen en común es la estrecha relación entre derecho y cultura. De hecho, al ser “convenciones sociales repetidas” (Ghidoni y Morondo, 2022a), los estereotipos son en última instancia una cuestión cultural. Por lo tanto, también es importante examinar los efectos de la (in)capacidad de los operadores jurídicos para distanciarse de su cultura frente a estereotipos falsos o perjudiciales. A este respecto, en particular, cabe tener en cuenta que diferentes consideraciones pueden afectar el accionar de distintos operadores jurídicos: legislador, juez, jurado, abogados, funcionarios administrativos. Podemos preguntarnos, por ejemplo, si hay diferencias entre cómo los estereotipos funcionan en la toma de decisiones por parte de órganos colectivos (como el congreso o el parlamento) o individuales (como el juez), o si hay

diferencias entre cómo la acción de diferentes tipos de operadores jurídicos puede contribuir a reproducir estereotipos mediante su incorporación en las normas jurídicas o en las decisiones judiciales y administrativas, etc.

Si queremos preguntarnos, en cambio, cómo el derecho puede contrarrestar los estereotipos, tanto en el mismo derecho como en la sociedad en general, entonces la cuestión es investigar cuáles instrumentos serían más adecuados y más efectivos para cumplir con esta tarea. De hecho, hoy, la obligación de contribuir a la eliminación de los estereotipos puede considerarse incuestionable, ya que está consagrada en muchas normas de derecho (inter)nacional. En particular, en lo que respecta a los estereotipos de género, esta obligación se impone a los Estados en varios convenios internacionales, a partir de la CEDAW. Es indiscutible, por lo tanto, que los Estados tienen el deber de proporcionar “protección contra los estereotipos de género” (Möschel, 2015) a través de todos los medios a su alcance, empezando por la educación, la sensibilización y la formación profesional, aunque sin limitarse a ellas.

3. La perspectiva de género como pensamiento crítico

Los estereotipos pueden referirse a muchos aspectos de las identidades individuales y colectivas: “raza”, etnia, cultura, religión, discapacidad, *status* de migrante, sexo, (identidad de) género, orientación sexual, etc. Sin embargo, ya que la discusión que aquí se introduce se centra específicamente en el rol de los estereotipos de género en las discriminaciones contra las mujeres, merece dedicar unas palabras al concepto de género (y a su función en relación con el concepto de sexo) en el marco de la crítica feminista de la sociedad y del derecho.

Dentro del multifacético y heterogéneo universo del feminismo, el género se opuso originalmente al sexo para distinguir las construcciones culturales relativas a la feminidad y al papel de la mujer en la sociedad de la dimensión biológica de la diferencia sexual: dicho de otra forma, el concepto de género se introdujo para desmentir que la condición social de las mujeres pudiera explicarse por su biología. Entendido así, como “categoría crítica” (Lorettoni, 2014, VII), el concepto de género sirvió para revelar el

carácter discriminatorio y opresivo del patriarcado, con sus distinciones fundamentales entre las esferas pública y privada, y entre trabajo productivo y reproductivo (con consiguiente desvalorización política y económica de este último). En este sentido, el “orden de género” (Abbatecola y Stagi, 2017, pp. 47-48) se convierte en “un principio organizador” (p. 11) de la sociedad que regula la relación entre hombres y mujeres según profundas asimetrías de poder y, de acuerdo con estas asimetrías de poder, “estructura la organización concreta y simbólica de todas las formas de vida social” (Loretoni, 2014, p. 13). No solo de la familia, sino también del mundo del trabajo y de la economía, de la política y del derecho, del sistema de medios de comunicación de masas, del arte y de la cultura.

Desde esta perspectiva, la discriminación no es simplemente un trato desigual injustificado, sino que es el producto de un sistema estructural de dominio masculino y de opresión de las mujeres (MacKinnon, 1984). Por eso, como escribe Gianformaggio (2005), la igualdad de todos y todas en los derechos fundamentales requiere que “se considere violación del principio jurídico de igualdad la *opresión* además de la *discriminación*, o incluso la *opresión* en lugar de la *discriminación*” (p. 90) (la traducción es mía, cursivas en el texto).

El orden de género patriarcal define, entonces, una *estructura social* basada en la “subdiscriminación” de las mujeres.³ Sin embargo, cabe tener en cuenta que este orden tiene también una *dimensión simbólica*, que se alimenta de la asignación de mujeres y hombres a roles sociales estereotipados. En efecto, la contribución de los estereotipos de género al establecimiento y a la perpetuación de un orden social caracterizado por profundas asimetrías de poder es objeto de estudio y debate en la literatura. Se ha denunciado, en particular, que existe una relación causal entre los estereotipos de género y la discriminación, hasta el punto de que el proceso de *gender stereotyping* se ha considerado, en sí mismo, una forma de discriminación (Cook y Cusack, 2010, pp. 104 y ss.).⁴ De hecho, en la aparente

³ Barrère Unzueta y Morondo Taramundi (2011) utilizan el término “subdiscriminación” para indicar los actos discriminatorios arraigados en el sistema patriarcal de subordinación y opresión.

⁴ Ver, en particular, Cook y Cusack (2010): “In circumstances where it can be shown that a distinction, exclusion, or restriction relied on, or is connected to, a gender stereotype, it

objetividad que les confiere la invisibilidad de su dimensión constitutiva, los estereotipos de género que expresan y reproducen el sistema patriarcal de dominación masculina contribuyen de manera decisiva a producir el *continuum* de discriminaciones al que están sometidas las mujeres.

En este contexto, uno de los objetivos principales del feminismo jurídico —o de la crítica feminista del derecho, incluso del derecho antidiscriminatorio— es precisamente desenmascarar el carácter *gendered* de las normas jurídicas y de las decisiones judiciales, a pesar de su aparente neutralidad, sacando a la luz los estereotipos de género que estas normas y decisiones encarnan y las asimetrías de poder que ocultan.⁵ En este sentido, adoptar una perspectiva de género en la crítica del derecho no significa simplemente centrarse en las mujeres como víctimas de discriminación, sino sobre todo investigar las raíces estructurales de esta discriminación y sus mecanismos de ocultamiento. No es casualidad, por lo tanto, que en los últimos tiempos una de las expresiones más exitosas de este enfoque sea la práctica de analizar y reescribir importantes textos jurídicos (sobre todo sentencias, pero no solo) aplicando una perspectiva de género, precisamente para denunciar los supuestos implícitos de una forma de practicar (crear, interpretar y aplicar) el derecho que se presenta como neutra en cuanto al género pero que, en realidad, está impregnada de las categorías impuestas por el patriarcado.⁶

becomes possible to make a legal finding of discrimination resulting from that particular form of stereotyping. Identifying and articulating this connection is central to showing that an application, enforcement, or perpetuation of a gender stereotype in a law, policy, or practice is a form of discrimination against women.” (p. 111).

⁵ Sobre “las perspectivas del feminismo jurídico” ver, por ejemplo, los ensayos recogidos en Casadei (2015).

⁶ Este interesante ejercicio de práctica jurídica feminista —a la que también se refieren Ghidoni y Morondo en su réplica, en este número de la revista— ya se ha aplicado a muchos ámbitos del derecho (familiar, penal, comercial, civil, fiscal, sanitario...), como demuestran, por ejemplo, los libros publicados en la *Feminist Judgement Series* editada por Cambridge University Press (Ver: <https://www.cambridge.org/core/series/feminist-judgment-series-re-written-judicial-opinions/8710B47B2AAA8168DE73247F7987CCAA>). En relación al derecho internacional, ver Hodson y Lavers (2021).

4. Función de los estereotipos de género, desigualdad compleja e interseccionalidad: los aportes de la propuesta de Ghidoni y Morondo

Sobre el trasfondo teórico brevemente presentado hasta ahora, Elena Ghidoni y Dolores Morondo proponen una crítica del derecho liberal antidiscriminatorio basada en un análisis original del papel de los estereotipos en las formas complejas o interseccionales de desigualdad. Esta propuesta se distingue, en particular, por tres elementos: el enfoque en la función de los estereotipos, el énfasis en la dimensión colectiva de la discriminación contra las mujeres y la aplicación de la perspectiva interseccional no solo a las formas complejas de desigualdad sino también a los estereotipos que las sustentan.

Bajo el primer perfil, Ghidoni y Morondo dejan claro desde el principio que en su análisis adoptarán una conceptualización neutro-cognitiva de los estereotipos como generalizaciones, distanciándose así de aquellos estudios que examinan cómo los estereotipos entendidos como prejuicios condicionan las acciones de los operadores jurídicos. Sin embargo, las autoras no creen que los estereotipos de género sirvan para reducir la complejidad del mundo o proporcionar información sobre situaciones, personas o cosas de las que no se tiene conocimiento directo. Y aquí radica el primer elemento distintivo de su propuesta: el foco en la *función* de los estereotipos como algo claramente distinto y distinguible no solo de la forma en la que funcionan (procesos de serialización, heterodesignación, e interseccionalidad), sino también de sus dimensiones semánticas (descriptiva, normativa y constitutiva) y pragmática (los efectos discriminatorios que producen).⁷ Los estereotipos, explican Ghidoni y Morondo, tienen una función justificativa, sirven para “proporcionar una narrativa que justifica, racionaliza o naturaliza ciertas estructuras de poder” y relaciones jerárquicas, invisibilizándolas, de manera que esta situación “no sea cuestionada ni problematizada, sino que pueda ser presentada como justificada o resultado de un estado de cosas (la pretendida dimensión descriptiva, más o menos adherente a la realidad, de los estereotipos)”. Además, aun cuando tiene

⁷ Sobre la distinción entre semántica y pragmática de los estereotipos, ver Arena (2022).

una dimensión prescriptiva, un estereotipo no establece una norma, sino que “justifica las normas y actitudes sociales que se basan en el” (Ghidoni y Morondo, 2022a, sección 3).

Bajo el segundo perfil, Ghidoni y Morondo insisten en la necesidad de considerar el papel de los estereotipos en el derecho antidiscriminatorio desde una perspectiva colectiva, vinculada a la cuestión de la opresión de los grupos —y no desde una perspectiva individual, relacionada con la desigualdad de trato, como en la concepción liberal— ya que los estereotipos “justifican una estructura de poder [...] que vertebra la sociedad entera, y no solo los comportamientos de algunos individuos” (Ghidoni y Morondo, 2022a, sección 3). Por eso, según las autoras el derecho antidiscriminatorio no debería abordar la cuestión de los estereotipos

como un problema de “errada clasificación” e intentar resolverlos a través de las excepciones que en casos singulares eximen de la aplicación del estereotipo (o, mejor dicho, de las normas estereotipadas) a individuos que, singularmente, presentan información discordante, dejando sin embargo intacto el estereotipo en relación con el grupo

ya que

lo importante del estereotipo no es [...] la casuística del individuo que singularmente se conforma más o menos a esas características y comportamientos, o lo injustificado de los efectos de esa clasificación, sino *las razones* por las que el estereotipo atribuye esas características y comportamientos a los miembros de determinados grupos, y qué efectos tiene esa atribución y sus resultados sobre el conjunto de los grupos. (Ghidoni y Morondo, 2022a, sección 3, la cursiva es mía)

Finalmente, bajo el tercer perfil, Ghidoni y Morondo asumen que la perspectiva interseccional proporciona modelos para el estudio de la complejidad en el ámbito de la desigualdad que pueden aplicarse de forma útil al estudio de los estereotipos.⁸ Por eso, recurren al concepto de inter-

⁸ La literatura sobre la interseccionalidad es ahora muy amplia y en ella se pueden encontrar diferentes conceptualizaciones, usos y perspectivas teóricas y disciplinarias. Para profundizar, ver Bello (2020).

seccionalidad estructural para afirmar que “los estereotipos de género son constitutivamente interseccionales o complejos, estando constituidos simultáneamente por otros ejes como la raza, la clase social y la orientación sexual”. Solicitan entonces tener en cuenta cómo las narrativas de diferentes sistemas de poder *incorporadas*⁹ en los estereotipos de género no solo se fortalecen mutuamente, sino que también ayudan recíprocamente a la invisibilidad de cada uno de esos sistemas de poder y de sus ejes de discriminación.

5. Cuestiones abiertas: el punto de vista de los comentaristas (y algo más...)

Cada uno en la peculiaridad de su enfoque, los comentarios de Peroni y Ronconi destacan algunas cuestiones abiertas que, en su opinión, merecen un mayor análisis.

En particular, Peroni formula algunas preguntas sobre los aspectos teóricos que considera más relevantes en la propuesta de Ghidoni y Morondo. Por un lado, llama la atención sobre el funcionamiento asimétrico del proceso de estereotipación en relación con cuestiones como la desigualdad de poder, la jerarquización entre grupos y el papel de las categorizaciones binarias en estas dinámicas. Por otro lado, se detiene en la función justificativa de los estereotipos identificada por Ghidoni y Morondo, solicitando una mayor reflexión sobre cómo, y gracias a cuáles de sus características, los estereotipos logran cumplir con esta función.

Sin embargo, las consideraciones más desafiantes entre las planteadas por Peroni se refieren sin duda a la cuestión de cómo, en concreto, la propuesta de Ghidoni y Morondo “podría cobrar vida en el razonamiento jurídico de los tribunales” (Peroni, 2022, sección 3). Peroni se pregunta, por ejemplo, de qué manera la formulación propuesta por las autoras podría

⁹ Nótese que para las autoras la *intersección* entre diferentes sistemas de poder es *interna* a los estereotipos de género. Volveré sobre esto en breve (§ 5).

facilitar la identificación de un estereotipo en casos de discriminación, cómo pueden/deben los tribunales proceder a un análisis crítico (del uso) de ese estereotipo y de las razones detrás de él. Se pregunta también Peroni qué involucraría un análisis interseccional estructural en el concreto razonamiento de los tribunales que permita hacer emerger los distintos ejes de poder que interactúan para reproducir estereotipos de género constitutivamente complejos, o “de qué manera exactamente un tribunal debería/podría contribuir a ‘abandonar’ ese estereotipo en relación con el grupo” (Peroni, 2022, sección 3).

Ronconi, en cambio, aplica las tesis de Ghidoni y Morondo —especialmente las reflexiones sobre serialización, heterodesignación e interseccionalidad como elementos constitutivos del patriarcado— al análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resaltando las posibles aportaciones de esta jurisprudencia a la teoría de la función justificativa de los estereotipos. En primer lugar, Ronconi apunta la relevancia del contexto económico y social y —retomando la postura de Fraser— subraya cómo “los problemas de justicia de género no se encuentran solo en el reconocimiento deficitario sino también en una distribución desigualitaria (redistribución-reconocimiento)” (Ronconi, 2022, sección 3). En segundo lugar, llama la atención sobre la necesidad de proporcionar “remedios estructurales” contra los estereotipos que no se limiten “a una reparación ni a atender a las víctimas en concreto”, sino también “transformen la situación que [...] sigue reproduciendo” estos estereotipos: de hecho, la autora está convencida de que

cuando se identifica un proceso de estereotipación que deja en claro cuestiones vinculadas a procesos de serialización, heterodesignación, interseccionalidad en un contexto de desigualdad económica y simbólica es necesario que los remedios den cuenta de esto también (Ronconi, 2022, sección 3).

Las consideraciones de Ronconi sobre el contexto permiten a Ghidoni y Morondo clarificar su posición al respecto e identificar el patriarcado como el contexto de la discriminación contra las mujeres, entendiendo por contexto no solo (o no tanto) un conjunto de detalles fácticos individuales sino también y sobre todo un marco conceptual e interpretativo de la realidad

(Ghidoni y Morondo, 2022b, sección 1). Al mismo tiempo, el énfasis en la cuestión de los remedios nos ayuda a reflexionar también sobre cómo el carácter estructural de la discriminación de género requiere intervenciones que operen no solo a nivel cultural sino también a nivel de transformación de las estructuras sociales.

En su conjunto, los comentarios de Peroni y Ronconi identifican muchos aspectos fundamentales con respecto al tema analizado por Ghidoni y Morondo, indicando incluso caminos ulteriores de reflexión más allá de las cuestiones teóricas abordadas hasta ahora por las autoras en su ensayo.

Sin embargo, me parece útil hacer al menos unas consideraciones más sobre la forma en que Ghidoni y Morondo hablan de la interseccionalidad, ya que no es común, que yo sepa, considerarla como uno de los “elementos que definen el patriarcado”. De hecho, mientras que el concepto de interseccionalidad se utiliza normalmente como herramienta teórica para identificar y analizar las intersecciones e interacciones entre diferentes elementos de identidad, sistemas de opresión y ejes de discriminación, Ghidoni y Morondo sugieren, en cambio, que la interseccionalidad puede verse como algo interno a uno de estos sistemas de opresión, el del patriarcado. Escriben de hecho, que “tanto el patriarcado como sus precipitados o productos (entre ellos, los estereotipos) se constituyen de una forma que condensa ya múltiples niveles jerárquicos, según la combinación de ejes” de poder diferentes (Ghidoni y Morondo, 2022b, sección 2). En otras palabras, la interacción entre los sistemas de poder no es algo que ocurra después de que ellos se hayan formado de forma independiente, sino que condiciona la propia génesis de cada uno de ellos.

Pero si está constitutivamente incorporada en el sistema patriarcal, entonces la interseccionalidad ya no sirve simplemente para analizar la condición de particulares grupos desfavorecidos, sino que se aplica a cada mujer. Y, en efecto, esta postura de Ghidoni y Morondo parece confirmada en su rechazo de la tendencia a “fragmentar *ad infinitum*” el sujeto emancipatorio y, en consecuencia, las categorías del derecho antidiscriminatorio, “dejando de proteger las ‘mujeres’ como colectivo para enfocarse en algunas intersecciones concretas (mujeres con discapacidad, mujeres con hijos, mujeres pertenecientes a minorías étnicas, etc.)”. De hecho, las autoras están convencidas de que, así, “los estereotipos seguirán en su lugar,

serializando, pero habríamos perdido el denominador común para leerlos⁹ (Ghidoni y Morondo, 2022b, sección 2). En este sentido, entonces, la idea de que el objetivo de la interseccionalidad no es crear nuevas categorías de sujetos interseccionales, sino revelar las dinámicas de poder ocultas detrás de estas categorías (MacKinnon, 2013), se realizaría incorporando la interseccionalidad en el propio patriarcado, para salvaguardar la categoría de las mujeres en su conjunto. Se trata, sin duda, de una tesis sugestiva, que requiere una mayor reflexión.

Bibliografía

- Appiah, K.A. (2000). Stereotypes and the Shaping of Identity. *California Law Review*, 88(1), 41-53.
- Arena, F.J. (2016). Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual. *Revista de derecho (Valdivia)*, 29(1), 51-75.
- Arena, F.J. (2022). *Los estereotipos detrás de las normas*. Córdoba: Ed. Toledo (próxima publicación).
- Barrère Unzueta, M.Á. y Morondo Taramundi, D. (2011). Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 15-42.
- Bello, B.G. (2020). *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*. Milano: Franco Angeli.
- Bobbio, N. (1998). *Elogio della mitezza e altri scritti morali*. Treviso: Linea d'ombra edizioni.
- Casadei, Th. (ed.) (2015). *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*. Torino: Giappichelli.
- Cook, R.J. y Cusack, S. (2010). *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Gianformaggio, L. (2005). *Eguaglianza, donne e Diritto*. A. Facchi, C. Faralli y T. Pitch (eds.). Torino: Giappichelli.

- Ghidoni, E. y Morondo, D. (2022a). El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio. *Discusiones*, 28(1).
- Ghidoni, E. e Morondo, D. (2022b). Análisis contextual, interseccionalidad y función justificativa en el abordaje de los estereotipos en el derecho: una réplica. *Discusiones*, 28(1).
- Lorettoni, A. (2014). *Ampliare lo sguardo. Genere e teoria politica*. Roma: Donzelli.
- MacKinnon, C.A. (1984). Difference and Dominance: On Sex Discrimination. En *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (pp. 32-45). Cambridge (MA), Harvard University Press, 1987.
- MacKinnon, C.A. (2013). Intersectionality as Method: A Note. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 38(4), 1019-1030.
- Möschel, M. (2015). La tutela giuridica contro gli stereotipi di genere. *Rivista critica del diritto privato*, 33(3), 443-466.
- Peroni, L. (2022). Los Estereotipos en el Derecho Antidiscriminatorio: Comentario. *Discusiones*, 28(1).
- Poggi, F. (2019). Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 42, 285-307.
- Ronconi, L. (2022). Estereotipos y derecho antidiscriminatorio: algunas reflexiones para desarmar la desigualdad compleja. *Discusiones*, 28(1).
- Schauer, F. (2006), *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge (MA): Harvard University Press.

El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio

The Role of Stereotypes in the Forms of Complex Inequality: Some insights from the feminist critique of anti-discrimination law

Elena Ghidoni*
Dolores Morondo Taramundi**

Recepción: 08/01/2021

Evaluación: 19/02/2021

Aceptación final: 09/03/2021

Resumen: Este artículo plantea una revisión crítica de la literatura existente sobre estereotipos, sobre todo en el ámbito del derecho antidiscriminatorio. Tras ilustrar los dos enfoques más habituales, el denominado peyorativo y el cognitivo neutro, evalúa algunos de sus límites para afrontar el fenómeno de la desigualdad estructural. En concreto, se argumentará que los estereotipos como mecanismos cognitivos no tienen como objetivo la obtención de información y que su función no es neutra. Se propone mover el foco hacia el funcionamiento de los estereotipos, con el fin de identificar los me-

* Doctora en Derechos Humanos. Universidad de Deusto, Bilbao, España. Investigadora postdoctoral del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, Bilbao, España. Correo electrónico: elena.ghidoni@deusto.es.

** Doctora en Derecho. Instituto Universitario Europeo, Fiesole, Italia. Investigadora del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, Bilbao, España. Correo electrónico: dolores.morondo@deusto.es.

canismos que los caracterizan. Desde la perspectiva de la crítica feminista del derecho antidiscriminatorio, se argumenta que la función de los estereotipos es justificar las jerarquías de poder, y se analiza su funcionamiento a través de tres elementos clave que definen al patriarcado como sistema de poder: serialización, heterodesignación y finalmente interseccionalidad. A tal fin, se hará referencia no solo a los enfoques doctrinarios, sino también a la jurisprudencia de las dos Cortes europeas (TEDH y TJUE/TJCE).

Palabras clave: estereotipos, serialización, heterodesignación, interseccionalidad

Abstract: This article presents a critical review of the existing literature on stereotypes, especially in the field of anti-discrimination law. After illustrating the two most common approaches, the so-called pejorative and the neutral-cognitive, it assesses some of their limits to deal with the phenomenon of structural inequality. Specifically, it will be argued that stereotypes as cognitive mechanisms are not aimed at obtaining information and their function is not neutral. A proposal is made to move the focus on the functioning of stereotypes, in order to identify the mechanisms that characterize them. From the perspective of the feminist critique of anti-discrimination law, it is proposed that stereotypes serve to justify power hierarchies and their operation is assessed through three key elements that define patriarchy as a power system: serialization, heterodesignation and finally intersectionality. To this end, reference will be made to the doctrinal approaches as well as to the case law from the two European Courts (ECtHR and CJEU).

Keywords: Stereotypes, serialization, heterodesignation, intersectionality

1. Introducción

El papel que juegan los estereotipos (y otras nociones asociadas con ellos, como los sesgos, los prejuicios, el estigma o las generalizaciones) ocupa un lugar cada vez más importante en el estudio del derecho antidiscriminatorio y de las garantías de los derechos fundamentales. Sin embargo, los estereotipos no son una novedad en este ámbito. Desde hace décadas,

los estereotipos se consideran elementos encapsulados en situaciones de 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 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 (CEDAW, CO Nueva Zelanda, 2007, p. 22; Holtmaat, 2011).

La persistencia del interés por los estereotipos en la lucha contra la discriminación y la desigualdad puede relacionarse con varios factores. Por una parte, los estereotipos y otras nociones que asociamos con ellos, como el estigma y los prejuicios, se consideran fundamentales –como nos decía el artículo 5 de la CEDAW– en la reproducción de actitudes y creencias sobre la inferioridad o la inadecuación de determinados grupos sociales y de sus miembros. La lucha contra la discriminación, la xenofobia o la intolerancia ha seguido, por ello, estrategias que intentan combatir los estereotipos y las actitudes negativas que generan, como podemos ver en las diversas recomendaciones que el Comité de la CEDAW ha hecho, a lo largo de los años, a los Estados miembro para combatir los estereotipos de género. Estas mismas estrategias (campañas de información y sensibilización, la formación de educadores, la promoción de grupos discriminados, el fomento de relaciones intergrupales, las campañas anti-rumores, etc.) figuran de manera destacada en los informes de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA) sobre la exclusión de los gitanos en Europa o el racismo, la Islamofobia y la intolerancia hacia migrantes, solicitantes de asilo y refugiados.¹

Por otra parte, los estereotipos se ven también como uno de los contrafuertes del carácter estructural y sistémico de la desigualdad. La lucha contra los estereotipos está, por ello, asociada a la “transformación” de las estructuras o de las raíces estructurales de la desigualdad. Siguiendo con el ejemplo de los estereotipos de género, la Recomendación General 25 del

¹ Véanse, por ejemplo: el EU anti-racism action plan 2020-2025 COM (2020); European Union Agency for Fundamental Rights (2018), A persisting concern: anti-Gypsyism as a barrier to Roma inclusion, Luxembourg, Publications Office; European Commission against Racism and Intolerance (ECRI, 2011), Recommendation No.13 on Combating anti-Gypsyism and Discrimination against Roma (2011) (modificada en diciembre 2020).

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 (CEDAW, RG 25, 2004, p. 7). 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).

Finalmente, el auge actual del interés por los estereotipos y otras nociones vinculadas a éstos, como los sesgos, está ligado al uso creciente y ubicuo de la tecnología y, especialmente de los algoritmos, en la toma de decisiones. Los impactos diferenciados y discriminatorios que tienen algunas decisiones basadas en algoritmos son difíciles de trazar y explicar, debido a la complejidad de los códigos de programación. Frente a las críticas sobre los riesgos de discriminación algorítmica, se argumenta que los algoritmos no tienen prejuicios y, por tanto, no pueden ser acusados de discriminar. La necesidad de entender estos “sesgos sin prejuicio” de las máquinas, ha llevado a replantearse cómo entran y cómo operan los estereotipos en los procesos de decisión en general.

A pesar de la importancia, tradicional y presente, de los estereotipos en la discusión sobre la igualdad y la discriminación, lo cierto es que continúan siendo uno de los elementos más elusivos del derecho y las políticas de igualdad y antidiscriminatorias. Su conceptualización es todavía controvertida, su funcionamiento es opaco y es, por tanto, difícil evaluar el impacto de las propuestas que miran a develar su presencia o su operatividad en el derecho.

A continuación, intentaremos contribuir a esta discusión ofreciendo una revisión del papel de los estereotipos en el derecho antidiscriminatorio a través de los parámetros de análisis de la desigualdad que nos ofrece la teoría feminista o la crítica feminista del derecho antidiscriminatorio. Para ello, volveremos sobre algunas aportaciones al estudio de los estereotipos que nos parecen particularmente relevantes para la discusión sobre el derecho antidiscriminatorio. En segundo lugar, revisaremos algunos de los “puntos ciegos” de las aproximaciones precedentes a los estereotipos, a

partir de la perspectiva crítica del derecho antidiscriminatorio, de la que se ofrece una pequeña introducción. Finalmente, examinaremos tres elementos de la crítica feminista del derecho antidiscriminatorio que nos pueden arrojar luz sobre la comprensión del funcionamiento de los estereotipos en el derecho. Para ilustrar estos elementos, haremos referencia a algunas decisiones de las dos Cortes europeas, el TEDH y el TJUE, donde estos elementos emergen en forma explícita en varios ámbitos.

2. Los estereotipos en el ámbito del derecho: tipos y estructuras

La concepción de los estereotipos en el ámbito del derecho ha seguido muy de cerca su conceptualización por parte de otras ciencias sociales, en particular la psicología y la psicología social (Dovidio et al., 2010; Stangor, 2000). Los estereotipos se han definido como creencias, ideas o imágenes mentales representativas de ciertos grupos y caracterizadas por su carácter inmutable o estático. El término estereotipo tiene frecuentemente connotaciones negativas, como sinónimo de prejuicio, y a menudo se describen como creencias ilógicas, o resultado de la ignorancia o el miedo que llevan a comportamientos injustos, discriminatorios o simplemente infundados contra otros grupos o los miembros de estos grupos. Siguiendo la tríada clásica de Allport (1954) sobre las relaciones entre grupos, esta aproximación a los estereotipos establece una conexión o una continuidad entre un componente cognitivo (el estereotipo o imagen mental), un componente emotivo (el prejuicio) y un componente conativo o comportamental (la discriminación o trato injusto).

Esta conceptualización (negativa o peyorativa) de los estereotipos ha propiciado intervenciones y estrategias tendientes a hacer explícitas las ideas y las creencias sesgadas y los efectos de éstas en los operadores jurídicos, fundamentalmente jueces y miembros de jurados. En consecuencia, se proponen medidas que reduzcan el impacto de los estereotipos en los resultados de los procesos decisorios (como, por ejemplo, la diversificación de la composición social, de género, racial, de edad o clase de la judicatura o de los jurados, la exposición de quienes tienen que tomar decisiones a contra-narrativas

e imágenes positivas de los grupos estereotipados, o las estrategias de sensibilización como técnicas que promueven la “auto-corrección” en la toma de decisiones). Sin embargo, no hay datos consistentes sobre el impacto o la efectividad de estas estrategias (Kang et al., 2012) y, por el contrario, desde algunas disciplinas se explica la persistencia de los estereotipos ante las estrategias basadas en las contra-narrativas como un mecanismo más o menos ineludible de la cognición humana (Nelson, 2014).

A partir de los años noventa, encontramos una concepción de los estereotipos más compleja, como sesgos implícitos en los mecanismos de percepción de la realidad. Los estereotipos no se describen ya como creencias ilógicas, sino como construcciones mentales que nos ayudan a reducir la complejidad de la realidad (Alexander, 1992; Arena, 2016; Arena, 2019). En este sentido, los estereotipos no son negativos (ni positivos) sino mecanismos cognitivos neutros. Al igual que en la anterior aproximación peyorativa sobre los estereotipos, también en esta los estereotipos pueden darse en formas no explícitas, e incluso inconscientes, de estos procesos mentales mediante los que aprehendemos la complejidad que nos rodea. En esta conceptualización neutra-cognitiva no hay una conexión necesaria entre estereotipo, prejuicio y discriminación y, de hecho, se excluye que las normas antidiscriminatorias –como el artículo 5 de la CEDAW– impongan la eliminación de todos los estereotipos, sino únicamente la modificación o eliminación de aquellos estereotipos que sirven de fundamento a actitudes o comportamientos socialmente dañinos (discriminatorios) (Holtmaat, 2011).

A pesar de la influencia que tiene todavía en el ámbito de las políticas antidiscriminatorias la concepción peyorativa de estereotipo como prejuicio o creencia infundada, en lo que sigue nos fijaremos en las aportaciones teóricas que siguen la conceptualización neutra de los estereotipos como mecanismos cognitivos. Consideramos que esta es una aproximación que ofrece mayores ventajas a nuestra discusión porque nos acerca a la propuesta del derecho antidiscriminatorio como instrumento de transformación de la discriminación estructural, alejándose de concepciones más psicológicas y subjetivas que ponen el acento sobre las actitudes o emociones (más o menos conscientes o explícitas) de los operadores jurídicos para fijarse en elementos más estructurales del funcionamiento de los estereotipos. Además, esta segunda conceptualización está más alineada

con algunas formas de discriminación actualmente al alza en Europa (discriminación indirecta, discriminación por *proxies*, discriminación algorítmica), que se alejan de la caracterización de la discriminación a través de elementos como la intención o las razones o motivos de discriminación para fijarse preferentemente en los efectos producidos. En otras palabras, la perspectiva subjetiva proyectaría sobre los estereotipos los límites del enfoque clásico del derecho antidiscriminatorio (*i.e.* arbitrariedad, intención, enfoque individual); la perspectiva neutra-cognitiva, en cambio, nos permite abordar los estereotipos como elementos sistémicos, difusos. Como mostraremos, en nuestra propuesta la aceptación del estereotipo como mecanismo cognitivo neutro no implica que también la función o el uso de dicho mecanismo sean neutras. Finalmente, esta conceptualización nos lleva a buscar soluciones que no se reduzcan a las tradicionales llamadas a “evitar las generalizaciones” o “contextualizar”, que son bastante problemáticas en derecho (incluso en el caso de normas particulares como puede ser una sentencia o una decisión administrativa).

Aunque desde la conceptualización neutra-cognitiva también se puede llegar al examen de elementos importantes de los estereotipos, como las emociones que vehiculan y los prejuicios, esta conceptualización nos permite iniciar el examen de los estereotipos a través de otras nociones, jurídicamente relevantes, como las categorías o las generalizaciones. Ambas, categorías y generalizaciones, son elementos constitutivos del derecho y de las normas jurídicas, y tienen una importancia primordial en el derecho antidiscriminatorio. Condello considera que la relevancia constitutiva del nexo entre generalización y derecho, y entre generalidad y norma jurídica, no puede ni siquiera ponerse en duda (Condello, 2014, p. 173). El derecho consiste en normas abstractas y generales, y funciona a través de categorías. Esto, sin embargo, no significa que no haya discusión posible en relación a las formas de la generalización en el derecho. Y es en ese contexto en el que se puede introducir la discusión sobre los estereotipos.

Como advierte Arena (2016), el uso del término estereotipo no es siempre homogéneo. No lo es en los tribunales, que utilizan una variedad de expresiones para referirse a lo que la doctrina luego examina como estereotipos (Timmer, 2015), pero tampoco lo es en la doctrina o en la teoría jurídica, que ha probado un buen número de clasificaciones que todavía

no aclaran los usos de la noción² ni las distinciones con otras nociones cercanas, como prejuicios o generalizaciones.

Aun así, parece aceptado que los estereotipos son una forma de las generalizaciones. Los estereotipos se definen como visiones o concepciones generalizadas relativas a los atributos o características o roles que los miembros de un grupo tienen o tienen que tener (Cook, & Cusack, 2010, p. 9). En la concepción neutro-cognitiva, los estereotipos se asimilan a las generalizaciones y se distinguen de los prejuicios (Arena, 2016, p. 53) precisamente porque las características que el estereotipo asocia a un individuo en cuanto miembro de un grupo no son necesariamente negativas, ni comportan un desvalor moral hacia el grupo. La doctrina habla de estereotipos positivos o benignos cuando se atribuyen características o comportamientos que, en principio, no comportan valoraciones negativas (por ejemplo, el estereotipo de las mujeres como no violentas, o el de los negros que bailan bien).³

La distinción entre estereotipos y sesgos, por otra parte, merece más detenimiento puesto que abre la discusión a las valoraciones sobre corrección/incorrección o verdad/error de los estereotipos.⁴ Si los estereotipos son mecanismos cognitivos, que sean correctos o incorrectos o que el

² Como se puede observar en el “enfático caveat” de Timmer (2015, p. 255) al analizar los tipos de estereotipos en la jurisprudencia estadounidense; o la advertencia de Arena (2016, pp. 55-56), respecto a la clasificación de los estereotipos en descriptivos y normativos.

³ En verdad, el lenguaje natural en esta área es tan confuso que se habla a veces también de “prejuicios a favor de”; sin embargo, en aras de la claridad, entenderemos que los prejuicios son juicios de valor negativos y que si alguna vez operan “a favor de” se trata, probablemente, de un razonamiento a contrario basado en un prejuicio negativo (p.ej., el prejuicio favorable a candidatos masculinos en una entrevista sería únicamente un reflejo del prejuicio negativo sobre las candidatas en la entrevista).

⁴ Arena (2016), siguiendo a Alexander, asocia prejuicios y sesgos implícitos, en su carácter de valoración moral negativa. Para Alexander, los sesgos (*bias*) son atribuciones de menor valor a ciertos grupos que marcan las preferencias categóricas en favor o en contra de determinados grupos (Alexander, 1992, p. 158). Las distinciones de Alexander en torno a los sesgos y su relación con otras ideas como afinidades, preferencias, etc., son, sin embargo, confusas. Además, tanto en el lenguaje natural como en algunos lenguajes técnicos, los sesgos son tendencias, desviaciones o inclinaciones, que no tienen por qué ser (moralmente) negativas, aunque en muchos ámbitos se asocian con el error (como un juicio inexacto o una inclinación basada en un error de apreciación o de ponderación). Aquí seguiremos, por ello, esta idea de un sesgo como una desviación o ponderación errada.

conocimiento que producen esté o no sesgado cobra más importancia que si consideramos los estereotipos como prejuicios infundados e ilógicos. Generalmente, se ha entendido que los estereotipos pueden causar daños porque son generalizaciones o atribuciones genéricas de características y roles exageradas o erradas y, por ello, producen distorsiones en la comprensión de la realidad. Es decir, actúan como un sesgo cognitivo y, por ello, las decisiones que se tomen en base a esas generalizaciones erradas pueden resultar injustas o discriminatorias. Asimismo, Schauer sostiene que los estereotipos son rechazables cuando se sustentan en generalizaciones no estadísticamente sólidas o bien cuando a pesar de ser empíricamente correctas, se utilizan para predecir situaciones o rasgos no relevantes (Schauer, 2006).

Efectivamente, una generalización es una operación de abstracción que conecta elementos a través de un criterio común y que permite entender como conjunto lo que sin ese criterio serían elementos disociados o inconexos. Las categorías que forman las generalizaciones nos permiten tratar esos casos, que de otra manera parecerían inconexos y necesitados de respuestas individuales, de manera unificada y esto, efectivamente (como dicen Arena o Timmer) nos permite ahorrar esfuerzo cognitivo. La corrección de una generalización (“la comida tailandesa es picante”) depende de la regularidad e intensidad con la que la característica que se asume como criterio (ser picante) aparece efectivamente en el conjunto de los casos (platos de comida tailandesa). La propiedad que se asume como criterio no es una propiedad necesaria, sino un atributo adicional, pero si su presencia fuera residual o no relevante, la generalización se consideraría una afirmación errónea o inexacta (como en “la comida vasca es picante”).

En algunos casos en los que operan estereotipos, los tribunales resuelven sin entrar a analizarlos, simplemente rechazando generalizaciones estereotipadas porque las consideran erróneas o incorrectas. En *Marckx* (TEDH, *Marckx c. Bélgica*, 1979), por ejemplo, el gobierno belga defendía sus normas de derecho civil sobre hijos ilegítimos con el argumento de que las madres solteras abandonan frecuentemente a sus hijos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no entró a examinar los estereotipos sobre la familia, pero rechazó el argumento como una generalización infundada.

Los estereotipos, aunque se correspondan con la realidad, plantean sin embargo otra problemática. Incluso si el 99% de las mujeres se declarasen contrarias a las armas o se mostraran incapaces de usar una en momentos de peligro, ¿podría ser esta una razón para negar a las mujeres el acceso a los comandos de élite del ejército? ¿Se les puede excluir preventivamente, incluso de las pruebas en donde se demuestran individualmente esas aptitudes? (TJCE, *Angela Maria Sirdar c. The Army Board and Secretary of State for Defence*, 2000; TJCE, *Tanja Kreil c. Bundesrepublik Deutschland*, 2000). Arena sostiene que desde un punto de vista cognitivo, no tendría sentido mantener un estereotipo – aunque sea correcto respecto al grupo – frente a miembros de ese grupo que presentan información discordante (Arena, 2016, p. 58). Así, mientras la falta de concordancia entre el estereotipo y la realidad del grupo en general, llevaría a abandonar el estereotipo, la falta de concordancia en un caso individual, llevaría a hacer una excepción en ese caso, pero no a abandonar el estereotipo en general.

Hay otro tipo de estereotipo en la clasificación de Arena (o de dimensión en otras autoras) que no pretende dar información sobre la realidad sino atribuir roles y comportamientos a determinados grupos. Son los estereotipos normativos o la dimensión normativa o prescriptiva de los estereotipos. En estos casos, como en el de cualquier norma, no tiene sentido preguntarse si el estereotipo es o no correcto, porque su función es la de prescribir y no la de describir. Nos ocuparemos de la función normativa o de los estereotipos normativos en el siguiente apartado.

Finalmente hay que señalar que los estereotipos tienen un origen social (están estructurados socialmente como convenciones) (Arena, 2016, p. 64; Render, 2010) y la doctrina ha mostrado que pueden ser asimilados por las normas jurídicas tanto en la legislación como en los procesos de interpretación y aplicación del derecho.⁵ La mayoría de los análisis realizados por la doctrina están dirigidos a la identificación de los estereotipos –entendidos como un constructo social “extra-jurídico”– y a su tratamiento por parte de quienes aplican el derecho. La identificación de los estereotipos

⁵ No tenemos aquí el espacio para ahondar en la cuestión de los mecanismos jurídicos mediante los cuales el derecho asimila, desarrolla y reproduce los estereotipos; o de si hay una diferencia entre los estereotipos “jurídicos” – porque asimilados por normas jurídicas – y los estereotipos “sociales” usados por los operadores del derecho de manera individual.

por parte de jueces y otros operadores jurídicos es un punto crucial: no se puede actuar sobre lo que no sabemos identificar o nombrar. Sin embargo, la identificación de los estereotipos no parece una tarea sencilla. En parte, porque la heterogeneidad en el uso del término hace que no haya una clara definición de qué es un estereotipo y cuáles son sus elementos constitutivos, a través de los cuales podrían ser identificados. Pero, sobre todo, porque –como argumentaremos en el apartado siguiente– la función del estereotipo es precisamente naturalizar e invisibilizar ciertas relaciones; así que para identificarlos hay que hacerlos emerger y denunciar su propia naturaleza. Es necesario, por tanto, un examen judicial riguroso para hacer emerger los estereotipos y para problematizar aquellas experiencias que la sociedad ha naturalizado, mostrando los perjuicios y los daños que causan (Añón, 2020). Para ello, algunas autoras proponen la contextualización (Peroni, 2014). Otras proponen identificar las generalizaciones que producen o tienen efectos dañosos. Según varias autoras, en los estereotipos el daño puede inferirse a partir de situaciones que perpetúan relaciones opresivas de poder, o imponen cargas, o impiden o limitan el acceso a bienes u oportunidades, o disminuyen la autonomía y la auto-estima de los miembros de algunos grupos, minimizando su dignidad o marginalizándolos (Añón, 2020; Clérico, 2018, pp. 67-96; Cook & Cusack, 2010).

Una vez identificado un estereotipo, parece haber acuerdo que debería aplicársele un estándar de escrutinio agravado o estricto, que vaya más allá del mero test de racionalidad (Clérico, 2018; Timmer, 2011). Timmer sostiene un control de igualdad estricto, que imponga la carga argumentativa sobre el Estado y que considere la argumentación estereotipada por parte de los jueces nacionales como una forma de discriminación (Timmer, 2011, pp. 707-738).

3. La apreciación de las funciones de los estereotipos desde la teoría crítica del derecho antidiscriminatorio

En esta sección abordaremos dos aspectos de la discusión sobre estereotipos que están en la base de la contribución que queremos hacer. Por una parte, las dificultades de los estereotipos en los exámenes de igualdad

(incluso en los controles estrictos de igualdad) nos empujan a situarlos no en el marco del derecho antidiscriminatorio liberal (en el ámbito de la discriminación como diferencia de trato), sino en el marco del derecho antidiscriminatorio crítico y su función de lucha a la opresión. Por otra parte, y desde esta perspectiva, lo que distingue a los estereotipos, como forma particular de las generalizaciones, es su función, que sí es cognitiva pero no descriptiva, ni meramente prescriptiva ni constitutiva. Sostendremos que la función de los estereotipos en el marco del derecho antidiscriminatorio es justificativa, y en la siguiente sección analizaremos esta función en base a tres elementos que consideramos que definen el patriarcado como sistema de opresión: la serialización, la heterodesignación y la interseccionalidad. Hemos visto que incluso cuando examinamos los estereotipos desde la óptica del derecho antidiscriminatorio, tanto su identificación como su evaluación presentan, además de dificultades prácticas, numerosos problemas. Algunos de estos problemas estriban en que los estereotipos⁶ no pueden ser examinados satisfactoriamente a través de un mecanismo (el derecho antidiscriminatorio liberal) que individualiza la discriminación entendiéndola como comportamientos individuales que producen un daño concreto a una persona en situación comparable a la de otra persona no perjudicada, sin que medie una justificación objetiva. Al intentar reconducir situaciones de discriminación estructural en este esquema, es muy probable que, o la comparación o la justificación no permitan ver el daño del que es víctima la persona perjudicada (Barrère Unzueta y Morondo Taramundi, 2005; Añón, 2014). Para entender y poder responder a las demandas que ha planteado el feminismo en relación con la condición social de las mujeres en términos de opresión, subordinación o violencia, el derecho antidiscriminatorio necesita superar su marco de “traducción”, que le lleva a considerar todas estas demandas en términos de igualdad, y especialmente igualdad de trato (Holtmaat, 2010; Barrère Unzueta, 2018).

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” (Mackinnon,

⁶ Como ocurre en otras instancias de la desigualdad estructural: brecha salarial, segregación de mercados, violencia contra las mujeres.

1991) e intentar resolverlos a través de las excepciones que en casos singulares eximen de la aplicación del estereotipo (o mejor dicho, de las normas estereotipadas) a individuos que, singularmente, presentan información discordante, dejando sin embargo intacto el estereotipo en relación con el grupo. Aunque los estereotipos efectivamente clasifican a los individuos de determinados grupos, atribuyéndoles características y comportamiento, lo importante del estereotipo no es –en nuestro análisis– la casuística del individuo que singularmente se conforma más o menos a esas características y comportamientos, o lo injustificado de los efectos de esa clasificación, sino las razones por las que el estereotipo atribuye esas características y comportamientos a los miembros de determinados grupos, y qué efectos tiene esa atribución y sus resultados sobre el conjunto de los grupos.

Nuestra propuesta se enmarca dentro de una perspectiva crítica del derecho antidiscriminatorio liberal, que propone ir más allá del concepto de discriminación como epifenómeno individual (Barrère Unzueta, 2008) para captar el fenómeno más amplio en que este se contextualiza, y que tiene matriz grupal. Este diferente concepto de discriminación (subdiscriminación, discriminación sistémica, discriminación estructural), nos ayuda a ver los estereotipos como un mecanismo ligado a la opresión como teorizada por Iris Marion Young. Para Young, la opresión es una categoría central del discurso político de los grupos subordinados en nuestras sociedades e implica una manera de analizar y evaluar las estructuras y las prácticas sociales que no es conmensurable con el lenguaje del individualismo liberal. Para Young, 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” (Young, 1990, p. 74).

Los estereotipos son los mecanismos que justifican, naturalizan e invisibilizan esa condición de opresión.⁷ Proponemos, por tanto, entender

⁷ En nuestra opinión, la opresión podría perfilarse jurídicamente como la condición de los grupos que ven afectados contemporáneamente sus derechos a la igualdad y a la libertad (o autonomía), rechazando por ello la contraposición clásica entre libertad e igualdad teorizada por autores como N. Bobbio. Aunque no podemos desarrollar aquí este punto, esta doble afectación de la igualdad y la autonomía tiene un reflejo claro también en la propuesta de los estereotipos que exponemos.

el estereotipo como un mecanismo cognitivo, una imagen mental, cuya función principal no consiste en reducir la complejidad y proporcionar respuestas de reacción rápidas ante situaciones desconocidas o complicadas, sino proporcionar una narrativa que justifica, racionaliza o naturaliza ciertas estructuras de poder. La imagen mental del estereotipo condensa una serie de normas y explicaciones que justifican y naturalizan el orden de poder que expresan: así, el estereotipo de la mujer doméstica o ama de casa no equivale a ninguna norma en particular (las mujeres deben ser amas de casa, o las mujeres deben tener hijos) sino que condensa una narrativa que racionaliza la división público/privado y justifica un número variable de normas (por ejemplo, las que reservaban el permiso de maternidad exclusivamente a las madres, o diferenciaban entre los permisos para madres –más largos y obligatorios– de los de los padres –optativos y más cortos), estructuras (como por ejemplo la segregación laboral vertical u horizontal, o el techo de cristal), prácticas judiciales y administrativas, interpretaciones de las normas en casos individuales, etc.

Efectivamente, en esta propuesta los estereotipos son mecanismos cognitivos; en ese sentido, serían neutros en la medida en la que no parece acertado o útil clasificar un mecanismo cognitivo en positivo o negativo, especialmente si aceptamos que son mecanismos que pueden funcionar de manera inconsciente o automática. Sin embargo, no parece tan acertado extender la neutralidad a la función de los estereotipos.

A diferencia de otras generalizaciones, no parece que la principal función de los estereotipos sea la de proporcionar una información que nos ahorre esfuerzo frente a la complejidad. En primer lugar, porque los estereotipos son convenciones sociales estructuradas y repetidas. Suelen tratar sobre elementos y/o categorías de los que tenemos abundantes experiencias personales, que conocemos de manera casi individual. Los estereotipos de género, por ejemplo, funcionan sobre las mujeres que constituyen el 50% de la población, y condicionan la respuesta de las mujeres mismas (que, por tanto, utilizan los estereotipos frente a situaciones de las que tienen experiencia propia de primera mano, y a veces en contra de esa misma experiencia). En segundo lugar, porque la persistencia y difusión de los estereotipos (como por ejemplo hace notar el Comité de la CEDAW) nos

hace pensar que resisten a la evidencia en contra, y que pueden persistir a pesar de la cantidad de datos o experiencia personal que tengamos en contra de la imagen mental que proyectan.

Los estereotipos, así pues, atribuyen características a grupos (y sus miembros), como por ejemplo “los gitanos roban” o “los gitanos saben tocar el violín” pero no lo hacen para informarnos de la regularidad de dicha característica (robar o tocar el violín) entre los miembros del grupo. De hecho, se admite que los estereotipos representan visiones exageradas, estáticas o inmutables de determinados grupos sociales. Así que no serían un buen mecanismo de información, ni siquiera respecto a las características que tienen una correspondencia estadística o la han tenido. De hecho, los estereotipos se presentan como imágenes mentales que cubren períodos históricos y ámbitos geográficos diferentes, no tienen en cuenta la evolución social, ni en general, ni la del grupo representado. Así, para los estereotipos se admiten características, como la exageración o el carácter estático, que invalidarían las generalizaciones como mecanismo de abstracción, ya que estas, a diferencia de los estereotipos, tienen cierta pretensión de corrección empírica.

De estos mismos ejemplos de estereotipo, positivo y negativo, se puede también colegir que los estereotipos no consisten simplemente en normas: un estereotipo no dice que los gitanos tienen que robar o que tienen que tocar el violín. Pero no es porque estos estereotipos sean descriptivos y no normativos. De hecho, estos estereotipos sí que indican cómo comportarse, no a los miembros de grupo estereotipado, sino a los demás. En ese sentido, los estereotipos tienen una función prescriptiva, pero como decíamos anteriormente, no porque establezcan una norma ni atribuyan comportamientos. Lo que hace el estereotipo es crear una narrativa que justifica las normas y actitudes sociales que se basan en él. En el caso del ejemplo, los estereotipos sobre los gitanos, tanto los negativos (que los asocian a la marginalidad, el crimen, el trapicheo, el analfabetismo) como los positivos o neutros (asociados al folklore, la música, el estilo de vida libre), han servido para justificar –hacer parecer racionales, necesarios, naturales– todos los dispositivos normativos que atañen a los gitanos: la segregación escolar (TEDH, *D.H. y otros, c. Republica Checa*, 2007; TEDH, *Horvath y Kiss c. Hungría*, 2013) y residencial (TJUE, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*

AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia, 2015), el control reproductivo (TEDH, *V.C. c. Eslovaquia*, 2011; TEDH, *I.G. y otros c. Eslovaquia*, 2012), la normalización de la violencia tanto privada (TEDH, *M. y otros c. Italia y Bulgaria*, 2012) como policial/institucional (TEDH, *Anguelova c. Bulgaria*, 2002). También justifican –y hacen parecer naturales o racionales– las actitudes sociales de los no-gitanos respecto a los gitanos (del recelo al odio, el desprecio o el paternalismo) (TEDH, *Aksu contra Turquía*, 2012; TJUE, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 2015). Sirven, por consiguiente, para invisibilizar la relación jerárquica entre los gitanos, como grupo social, y los no-gitanos o el grupo social dominante, y que esa relación no sea cuestionada ni problematizada, sino que pueda ser presentada como justificada o resultado de un estado de cosas (la pretendida dimensión descriptiva, más o menos adherente a la realidad, de los estereotipos).

Tampoco los estereotipos que se presentan como predominantemente normativos (como, por ejemplo, “la mujer-ama de casa” o el “hombre proveedor”) son equivalentes ni pueden ser sustituidos por una simple prescripción (como “la mujer debe cuidar la casa” o “el hombre debe proveer a la familia”), puesto que son imágenes mentales que encierran muchas más normas, características y expectativas. En este ejemplo, los estereotipos de la mujer-ama de casa o el hombre proveedor justifican finalmente una estructura de poder (la llamada división público/privado) que vertebra la sociedad entera, y no sólo los comportamientos de algunos individuos. Dentro de los estereotipos normativos, se ha distinguido una tercera función relevante desde el punto de vista del derecho antidiscriminatorio; se trata de la función constitutiva (Appiah, 2000). Los estereotipos tendrían un papel fundamental en la construcción de identidades en los miembros de grupos estereotipados.⁸ Como argumentaremos en la siguiente sección, desde la perspectiva aquí expuesta los estereotipos están asociados a procesos de heterodesignación. Puede ocurrir que haya personas cómodas con la definición que los estereotipos hacen de su lugar en la sociedad y que obtengan beneficios (psicológicos y socia-

⁸ Esta aparece como una razón ulterior, además de la naturaleza de mecanismo cognitivo automático, para no rechazar en bloque los estereotipos, y distinguir entre los estereotipos que deben neutralizarse (o cuyos efectos deben neutralizarse) en el razonamiento y las decisiones jurídicas, y aquellos que deben ser preservados.

les) del funcionamiento de esos estereotipos. Por ello, pueden darse casos de miembros de grupos estereotipados que defiendan tanto el orden jerárquico que expresan los estereotipos como los estereotipos mismos, en cuanto forma de justificación de ese orden (Holtmaat, 2016). Nuestro argumento es que incluso en esos casos, los estereotipos no hacen sino justificar ese orden que es el que constituye los espacios y roles (y en ese sentido las identidades en mayor o menor medida, o las condiciones en las que se constituyen esas identidades).

En resumen, desde la perspectiva aquí expuesta, los estereotipos pueden considerarse neutros en cuanto mecanismos cognitivos, y pueden tener contenido negativo, positivo o neutro. En este sentido, se asume -como la doctrina mayoritaria- la distinción entre los estereotipos negativos y los estereotipos dañinos. Efectivamente, el daño de los estereotipos no depende únicamente de la atribución de características desvalorizadas, sino de la limitación que la atribución de determinadas características o comportamientos a los miembros de un grupo puede producir en la capacidad de dichas personas para hacer elecciones propias sobre su vida, acceder a oportunidades y servicios o encontrar la protección del derecho en la realización de conductas que contradicen el estereotipo. El ejemplo más extremo son probablemente las personas que no se adecuan al estereotipo dominante sobre los sujetos capaces en derecho y son privadas de la capacidad de tomar decisiones sobre su vida personal (TEDH, *Alajos Kiss c. Hungría*, 2009); o en los casos de profesiones estereotipadas, los miembros de otros grupos pueden encontrar limitaciones para acceder al ejercicio o incluso a la formación de dicha profesión;⁹ o los estereotipos sobre la familia pueden llevar a la desprotección de relaciones familiares que no se conformen al estereotipo.¹⁰ Por lo tanto, como señala Añón (2020), lo

⁹ En algunos casos de profesiones estereotipadas masculinas que acabamos de ver, como soldados o policías, la exclusión o limitación de acceso a las mujeres se produciría mediante un estereotipo negativo que las considera genéricamente no capaces. Sin embargo, hay también casos de profesiones estereotipadas femeninas, como las matronas, en las que la limitación de acceso de los hombres a la profesión no se basa en estereotipos negativos sobre los hombres, sino en las supuestas relaciones de afinidad entre las mujeres, el pudor, la comodidad, etc. (TJCE, *Commission of the European Communities c. United Kingdom and Northern Ireland*, 1983).

¹⁰ Por ejemplo, en casos de familias “desestructuradas” o problemáticas socialmente (TEDH, *Soares de Melo c. Portugal*, 2016).

relevante desde un punto de vista jurídico es que tanto los estereotipos negativos como los positivos pueden causar daño porque limitan o perjudican el reconocimiento, ejercicio y la protección de los derechos.

Sin embargo, no consideramos que pueda distinguirse entre funciones positivas de los estereotipos (reducción de la complejidad, auto-representación de la identidad) y negativas (limitación de la autonomía y de los derechos). Creemos que la función de los estereotipos es la justificación de las estructuras de poder que representan: en la medida que esas estructuras de poder sean opresivas para determinados grupos – como el patriarcado, el racismo, las estructuras de clase, el heteronormativismo, etc. – los estereotipos que generen lo serán también. El hecho de que su función sea justificativa no quita que los estereotipos tengan elementos o dimensiones de descripción y prescripción, sin que estas dimensiones se convierten en la función del estereotipo. En efecto, dimensiones y función a menudo se confunden.

Por ello mismo, los estereotipos no pueden resolverse en el estudio de los efectos del “producto” ya determinado o conocido (mujer cuidadora o madre abnegada, o gitano musical, o inmigrante holgazán y gorrón), sino que tenemos que usarlos como la clave de lectura o de acceso a los mecanismos que pretenden invisibilizar. Lo que nos interesa, en consecuencia, es mover el foco sobre el proceso de estereotipación (*stereotyping*) que crea estas narrativas prescriptivas, sus elementos, mecanismos y efectos. Arrojar luz sobre el proceso puede darnos claves para mejorar nuestro conocimiento de los estereotipos en el razonamiento jurídico y responder con más precisión y eficacia a sus efectos discriminatorios.

4. Elementos para una reconceptualización del estereotipo dentro de una teoría crítica

En esta última sección se analizarán los estereotipos desde la perspectiva que ofrecen tres elementos que definen el patriarcado en las teorías feministas críticas, y que nos pueden ayudar por tanto a entender esa relación entre el estereotipo como imagen mental que condensa una narrativa (de justificación, racionalización o naturalización) del poder, y esas jerarquías

o sistemas de poder a los que se refiere. En nuestra óptica, establecer esta relación entre los estereotipos y el sistema de poder al que se refieren permite tanto usar los estereotipos identificados como punto de acceso a los sistemas de poder que intentan naturalizar (y así pues invisibilizar y permitir que sigan siendo incuestionables), como explorar las estructuras que garantizan o coadyuvan la transmisión de los estereotipos (la red de relaciones que crea la coherencia narrativa del estereotipo).

Utilizaremos, para ello, la definición de patriarcado de Molina Petit (1994; 2003) como el poder de nombrar y asignar espacios, que es en sí mismo el poder de significar. Según Amorós (2005), estos espacios se distinguen por la relación que se establece entre sus miembros como conjuntos, que puede ser de igualdad o de identidad. La autora describe el “espacio de las idénticas”, como el de lo genérico femenino, caracterizado por mecanismos de heterodesignación y por su efecto de serialización del conjunto de las mujeres, contrapuesto al “espacio de los iguales o pares”, los varones que se encuentran en situación de equipotencia y tienen que repartirse ese poder. En este sentido, los sistemas de dominación establecen, organizan espacios y posiciones, cada uno relacionado con ciertas características y roles que sus ocupantes tienen que cumplir, generando así expectativas sobre sus acciones. Además de la heterodesignación y de la serialización, en esta sección haremos uso de un tercer elemento que aporta profundidad a la crítica feminista del derecho antidiscriminatorio, la interseccionalidad, puesto que esta nos proporciona una herramienta para entender la reconfiguración de los espacios en la interacción de diferentes ejes de opresión. O, dicho de otro modo, nos muestra cómo funcionan las heterodesignaciones complejas. A pesar de ser una contribución posterior, con respeto al análisis feminista clásico, la interseccionalidad se coloca en el mismo plano de los demás elementos de definición del patriarcado, en la medida en que revela cómo los mecanismos de categorización patriarcales son por naturaleza complejos o interseccionales. Por último, los tres están vinculados al concepto de desigualdad como asimetría de poder entre grupos que produce posiciones de relativo privilegio y desventaja.

4.1. Los estereotipos y la serialización

El concepto de serialización ha sido utilizado tanto para explicar la condición de opresión de las mujeres como para fundamentar el sujeto del feminismo, sin caer en esencialismos e identidades femeninas (más o menos universales o falsas). Para Celia Amorós, la serie es una descripción cristalina de la condición de opresión de las mujeres, de su indiscernibilidad, aislamiento y dispersión. El mecanismo de la serialización sería aquello que caracteriza el “espacio de las idénticas”. El concepto de identidad apuntaría a este estatus de “no individuo”, a la indiscernibilidad de las mujeres como sujetos: “así, cuando se dice que los gitanos trafican con droga, que los inmigrantes son sucios y maleantes, que las mujeres tenemos una orientación innata hacia el cuidado, se está afirmando que los miembros pertenecientes a los colectivos en cuestión son idénticos” (Amorós, 2005, pp. 88-89).

Por otro lado, Young vio en la serie aquel concepto que podía sustentar el sujeto del feminismo: “el feminismo es aquel especial impulso reflexivo de las mujeres que se agrupan en cuanto mujeres para cambiar o eliminar las estructuras que las *serializan* como mujeres” (Young, 1994, p. 736).

La serialización es quizá la característica del patriarcado que más inmediatamente se liga a los estereotipos de género. Los estereotipos, en su acepción original, son después de todo planchas que permiten la producción repetitiva, en serie, de una composición tipográfica. La imagen estereotipada esconde este mecanismo de opresión consistente en negar la individualidad: a través de la atribución de rasgos generalizados a los sujetos estereotipados se impide a estos emerger como sujetos individualizados, autónomos y libres.

Esto surge claramente en los casos de estereotipación (*stereotyping*) en el derecho o en las decisiones jurídicas. Tomemos, por ejemplo, el caso de Marguerite Johnston en el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 1986). Marguerite Johnston trabajaba como oficial de policía en el Royal Constabulary del Ulster. Debido a la situación de violencia, la Jefatura de la Policía decidió que los oficiales de policía empujarían a llevar armas de fuego. Sin embargo, se decidió también que las mujeres oficiales de policía estaban excluidas de esta nueva política y no

se les formaría ni entrenaría para usar armas. En consecuencia, aquellas que no pudieran ser re-asignadas en puestos de oficina serían despedidas, que es exactamente lo que le ocurrió a Marguerite Johnston. La imagen (el estereotipo) de la mujer vulnerable emerge constantemente en la argumentación del Gobierno británico para justificar la norma incriminada sobre el despido del excedente de mujeres policía. Esta imagen provee diferentes argumentos: las mujeres son más débiles y, por tanto, sus armas podrían caer en manos de los terroristas; las mujeres son menos violentas o agresivas y, por este motivo, en un encuentro con armas de fuego se pondrían en peligro a sí mismas y a sus compañeros; las mujeres tienen una función de cuidado de los otros, y llevar armas de fuego restaría eficacia a esas tareas más sociales y de cuidado que realizan en la policía.

Esta imagen justifica la exclusión en bloque de las mujeres de un trabajo como si efectivamente fueran idénticas o intercambiables. Aunque se podría pensar que hay en esta argumentación también un estereotipo referido a los hombres (que les atribuye valentía, resolución ante el peligro, y agresividad), este estereotipo no les serializa. La Jefatura de Policía no da por supuesto que todos los hombres oficiales de policía saben o pueden utilizar armas. Precisamente la introducción de las armas de fuego conlleva formación, entrenamiento y tests que desarrollarán y evaluarán de forma individualizada la aptitud de cada hombre para llevar armas. Por el contrario, Marguerite Johnston no fue excluida porque se demostrara incapaz, de manera individual, de disparar o matar; no se le dio la oportunidad de (de)mostrar sus características individuales y ello fue porque las características que se atribuyen a una categoría a la que pertenece (las mujeres) se consideran más relevantes a la hora de decidir que las características que ella personalmente pueda tener.

La serialización supone, precisamente, la despersonalización producida por el estereotipo, pero esta puede entenderse solo en la medida en que percibamos tanto su efecto individual, cuanto su dimensión grupal. La serialización no se predica de mónadas dispersas de forma arbitraria, sino que afecta a sujetos en cuanto miembros de grupos sociales y en la medida en que impide a cada uno individualizarse, también tiene efectos opresivos sobre el conjunto grupal.

4.2. Los estereotipos como heterodesignaciones

Los estereotipos funcionan, como hemos visto, a través de un mecanismo de generalización. Sin embargo, las generalizaciones en sí no son el problema; es más, son consustanciales a las normas jurídicas. Si observamos la atribución de rasgos genéricos o generalizados sobre los estereotipos desde la perspectiva crítica que ofrece el feminismo, el problema no reside en el mecanismo generalizador, sino en el principio jerárquico que estructura la selección de rasgos y que organiza los grupos sociales en una jerarquía de valores. Respecto a la generalización, entonces, sería oportuno preguntar *quién* (puede) generalizar y *para qué* generaliza.

Para responder a estas preguntas, volvamos al concepto de patriarcado y a los espacios (de igualdad e identidad) que construye. El mecanismo de la heterodesignación apunta a cómo se construyen estos espacios y al papel asimétrico que juegan en este proceso las personas que los ocupan. Los hombres, en cuanto individuos, tendrían el poder de reconocerse entre ellos como iguales y auto-definir sus propios espacios. Sin embargo, las mujeres no escogen su espacio, porque están serializadas como idénticas, a través de unas generalizaciones impuestas sobre ellas (heterodesignadas) que las segregan en lo doméstico/privado. Estas heterodesignaciones son los atributos femeninos que suelen conformar los estereotipos de género: un conjunto de normas que definen la feminidad, la maternidad, la sexualidad, etc., y que están vinculados al espacio que las mujeres (tienen que) ocupar. Siendo definidos por el patriarcado con una función específica, estos atributos no dejan espacio a los deseos, elecciones o capacidades de las mujeres como individuos; por lo tanto, no se pueden definir como formas de auto-reconocimiento de las mujeres.

Contrariamente al enfoque neutro, el mecanismo de la heterodesignación apunta a la asimetría del estereotipo, reafirmando así su vinculación con el poder y su función de conservar el sistema de opresión. De hecho, no existen estereotipos dañinos que afecten grupos socialmente dominantes, porque el estereotipo recae “de arriba abajo”, no se consolida cuando se pretende lanzarlo sobre grupos dominantes (Amorós, 2005, p. 106). Quienes son reconocidos como individuos autónomos no pueden sufrir la seriali-

zación.¹¹ Eso no quiere decir que los hombres no estén afectados: lo están, en la medida en que actúan en contra del estereotipo de género, rechazando su privilegio y poniendo en riesgo la jerarquía, pero el estereotipo no está constitutivamente diseñado para dañarlos.

El carácter heterodesignado de los atributos estereotipados puede observarse claramente, por ejemplo, en los casos de madres trabajadoras. En la sentencia *Gruber* del TJCE (TJCE, *Gabriele Gruber c. Silhouette International Schmied GmbH & Co KG*, 1999), la demandante tuvo que dejar su trabajo porque no había guarderías infantiles en su distrito de residencia. La empresa le reconoció una indemnización establecida por la ley para los casos de renuncia por cuidado de hijos menores, que consistía en la mitad de la cuantía establecida para la renuncia por justa causa. El TJCE no apreció trato discriminatorio en este caso porque no consideró que el cuidado de hijos fuera comparable a las causas tipificadas como justas (condiciones de trabajo o el comportamiento del empresario). El cuidado es, en efecto, totalmente ajeno respecto a las razones que obligan a un (hombre) trabajador a terminar su relación laboral.¹² Lo que el Tribunal no vio es que el argumento que excluye el trabajo de cuidado (y la posibilidad de acomodar trabajo y cuidado) de las causas justas se basa en la norma social que construye maternidad y trabajo asalariado como mutuamente excluyentes, reafirmando así la división público/privado. La señora Gruber no deja el trabajo voluntariamente, ella quería poder trabajar y poder cuidar de sus hijos. Pero el estereotipo muestra que no hay espacio para eso: trazando claramente las líneas entre los espacios y el perfil de los sujetos, el hombre que se dedica a tiempo completo al trabajo asalariado, y la madre, que se dedica a tiempo completo al trabajo de cuidado no remunerado. De este modo, el estereotipo naturaliza la salida de las mujeres del mercado

¹¹ Cómo lo decía Amorós, los hombres-individuos no pueden sufrir predicaciones compartidas Amorós (2005, p. 89). Eso se advierte en el clásico lema “no todos los hombres violan mujeres”, una justificación que apela a la imposibilidad de estereotipar o serializar los hombres, quienes siempre se pueden distinguir como sujetos.

¹² Para un análisis del caso, véase Barrère Unzueta y Morondo Taramundi (2005).

laboral,¹³ como consecuencia del rol que *le asigna* en cuanto madre, y disfrazada este fenómeno como una libre elección de la mujer.

El argumento de la libre elección suele aparecer a menudo como justificación de las desigualdades basadas en género, pero recuperar la heterodesignación puede desactivarlo. Este argumento emerge, por ejemplo, en la sentencia de la Sala del TEDH en el caso *Konstantin Markin c. Rusia* (TEDH, *Konstantin Markin c. Rusia*, 2010). El Tribunal consideró que reconocer los permisos parentales solo a las madres empleadas en el servicio militar era discriminatorio hacia los soldados padres. El Tribunal argumenta además que el hecho de negar los permisos de paternidad impondría a los soldados una elección imposible entre su familia y el trabajo, que las mujeres no sufren (pár. 58). Sin embargo, las mujeres no tienen el privilegio de una elección, su sacrificio (que en el caso de los hombres es inaceptable para el TEDH) está naturalizado por la división público/privado. El estereotipo de la mujer-cuidadora racionaliza las desventajas laborales de las madres trabajadoras, como si fueran el resultado de la decisión de tener hijos, y no de las normas que construyen la maternidad y el trabajo como inconciliables. De este modo, justifica tanto las decisiones judiciales como las leyes asentadas en la división público-privado.

En resumen, la heterodesignación hace visible el poder y, de este modo, ilumina también la ambigüedad entre estereotipos negativos y dañinos. El poder dañino del estereotipo no reside únicamente en la heterodesignación *individual*, es decir, en la limitación de la autonomía individual para hacer decisiones sobre la propia vida, y que ya hemos dicho que algunos individuos no parecen sentir, porque prefieren vivir conforme al estereotipo. El poder dañino de los estereotipos reside en la heterodesignación grupal, que puede realizarse mediante atributos infravalorados o mediante características glorificadas. Estas últimas pueden dar la impresión de reportar prestigio social o incluso ventajas materiales a quienes conforman su comportamiento al estereotipo (como las madres abnegadas o los *bonus*

¹³ De hecho, el TJCE compara la situación de Gruber con aquella de los trabajadores que dejan su puesto voluntariamente o sin justa causa, y así califica la “indemnización por cuidado” como un premio o bonus para las mujeres que dejan el trabajo para cuidar de sus hijos, aunque haya sido una “elección involuntaria”.

en la pensión de jubilación para las madres trabajadoras). Sin embargo, independientemente de que su contenido sea negativo o positivo, o que los individuos obtengan mayor o menor ventaja de vivir según esas normas, los estereotipos ayudan a mantener jerarquías sociales que distribuyen el poder, las oportunidades y las cargas sociales. Y es ahí en donde reside su potencial dañino.

4.3. Interseccionalidad y estereotipos

Por último, quizás el elemento más innovador de esta propuesta es el papel que juega la interseccionalidad en la comprensión de los estereotipos, respaldando la tesis de su función de naturalizar/racionalizar los sistemas de poder, incluso en sus diversas interacciones y configuraciones.

La teoría interseccional ha tenido un desarrollo extraordinario en el que no podemos detenernos aquí (Cho, Crenshaw y McCall, 2013; Crenshaw, 1989; Crenshaw, 1991). Aunque en el análisis jurídico se ha utilizado a menudo como una teoría sobre las identidades múltiples de los sujetos discriminados, aquí la usaremos como una herramienta analítica de la interacción de los sistemas de poder. Esta segunda versión, llamada estructural, tiene un amplio potencial explicativo sobre todo en relación al derecho antidiscriminatorio, porque no exige abandonar categorías ni suprimir las generalizaciones, sino que permite una evaluación crítica del *uso* que se hace de estos conceptos (Crenshaw, 1989; Crenshaw, 1991; Morondo Taramundi, 2016). Desde esta perspectiva, la interseccionalidad aporta dos elementos más al examen del funcionamiento de los estereotipos.

La interseccionalidad muestra cómo los estereotipos de género y raza, entre otras configuraciones, son capaces de fortalecerse mutuamente, para mantener a las mujeres en su espacio asignado. En ocasiones, frente a casos interseccionales, los operadores jurídicos ven un solo eje de opresión, que es capaz de ocultar a otro(s), produciendo un efecto de invisibilización que obstaculiza un análisis completo y protege las jerarquías.

Un caso paradigmático es el tratamiento de los derechos reproductivos de las mujeres. Por un lado, el estereotipo de la mujer-madre naturaliza una serie de normas que definen quién puede y debe reproducirse, y quién no,

según su procedencia, estatus social (TEDH, *Soares de Melo c. Portugal*, 2016) y de familia.¹⁴ Al mismo tiempo, el estereotipo de la mujer-irracional y vulnerable justificará cualquier intrusión o violación de su autonomía como individuo en tomar decisiones reproductivas. La combinación de ambos estereotipos permite justificar tanto la falta de posibilidad efectiva para acceder al aborto, como en *R.R.*, y *Tysiaç*,¹⁵ de mujeres que deben reproducirse, como la esterilización sin consentimiento de las que no se consideran adecuadas (por ejemplo, mujeres gitanas o mujeres con discapacidad) (TEDH, *V.C. c. Eslovaquia*, 2011; TEDH, *Gauer y otros c. Francia*, 2012; Ghidoni, 2018). En todos estos casos, en cuanto mujeres, no se les reconoce como capaces de autodeterminarse, pero el sentido de la heterodesignación de la maternidad viene determinado por otros ejes de poder y otras jerarquías sociales (étnicas, capacitistas, de clase social, etc.). En este sentido, la interseccionalidad analítica sirve para revelar que los estereotipos de género son constitutivamente interseccionales o complejos, estando constituidos simultáneamente por otros ejes como la raza, la clase social y la orientación sexual. En este sentido, es necesario emplear un análisis interseccional junto con los demás elementos de categorización patriarcales.

Además del fortalecimiento recíproco de los ejes de poder que realizan los estereotipos, hay que señalar cómo los estereotipos ayudan a la invisibilidad de esos ejes. En *V.C. c. Eslovaquia y Gauer c. Francia*, dos casos de esterilizaciones sin consentimiento, a pesar de la evidente vinculación de la reproducción con los derechos de las mujeres, el TEDH no se plantea la afectación de la igualdad entre hombres y mujeres. En *V.C.*, el Tribunal valora la cuestión de la discriminación por raza, y finalmente la rechaza, considerando que no hubo intención de discriminar. La visibilización de la raza actúa de forma que oculta el género, a pesar de estar hablando de

¹⁴ También establece el cómo y el cuándo: véanse los casos de prohibición de dar a luz en casa (TEDH, *Dubská y Krejzová c. República Checa*, 2016), la procreación médicamente asistida, y los test genéticos prenatales.

¹⁵ Tras descubrir que su feto tenía una enfermedad genética, a una demandante le fueron negadas informaciones para ejercer su derecho al aborto, hasta que expiró el término legal para abortar (TEDH, *R.R. c. Polonia*, 2011). A otra mujer embarazada se le niega el derecho al aborto, debido a la falta de un procedimiento legal para resolver disputas entre la mujer embarazada y los médicos sobre la decisión (TEDH, *Tysiaç c. Polonia*, 2007).

derechos reproductivos, de la misma manera en que en el debate sobre el aborto, el género oculta las dimensiones de raza y clase.

Estos dos efectos de fortalecimiento mutuo y ocultamiento recíproco se pueden apreciar también en el diseño de jerarquías complejas, como el caso de género y estatus migrante, que justifican políticas migratorias restrictivas y sentencias que niegan la reunificación familiar o justifican medidas de expulsión. En estos casos, el estereotipo de la mujer-cuidadora se aplica tanto a mujeres migrantes (solteras o en pareja) como a mujeres europeas que tienen relación con un ciudadano procedente de un país tercero. En *Ramos Andrade c. Olanda* (TEDH, *Ramos Andrade c. Olanda*, 2004; Staiano, 2013), el TEDH declara inadmisibile la demanda de reunificación familiar de una madre soltera emigrada a Europa. La decisión de emigrar dejando niños pequeños en el país de origen y construyendo otros vínculos afectivos en Europa, rompe con la imagen/estereotipo de la mujer-cuidadora, porque viola las normas que imponen a la buena madre dedicarse al cuidado a tiempo completo, estar físicamente presente por su hijo, sacrificarse y no tener otras preocupaciones ni relaciones afectivas. Por otro lado, el mismo Tribunal está dispuesto a declarar que una medida de expulsión no logra un equilibrio justo entre intereses, si la madre migrante –a pesar de su estatus de residencia precario- tiene que cuidar de un hijo nacido en Europa, porque el padre (europeo) se dedica al trabajo a tiempo completo. Es decir, si cumple con el papel heterodesignado de cuidadora primaria (TEDH, *Jeunesse c. Olanda*, 2014; TEDH, *Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Olanda*, 2006). La ciudadanía europea, y la jerarquía social que representa, puede afectar también a los miembros de la familia. Interactuando según los estereotipos sobre los roles y deberes de padres y madres, se determina si la ciudadanía europea puede efectivamente servir de escudo a la familia contra medidas que pretenden destruirla. Mientras que a un ciudadano europeo, o alguien con un permiso de residencia permanente, no se le impone dejar su país y la combinación de estereotipos y ciudadanía protege a su familia de la orden de deportación de su esposa, lo mismo no puede decirse para una ciudadana europea en la misma situación.¹⁶ El

¹⁶ Los estereotipos del público/privado, por otra parte, hacen más “peligrosa” la migración de los hombres con respeto a la de las mujeres. En *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*, el

TEDH ha considerado que imponer a una madre ciudadana europea la elección entre seguir al marido expulsado o romper su relación familiar constituía una injerencia justificada en el derecho al respeto de su vida familiar, asumiendo que la mujer se sacrificará para preservar la unidad familiar, a pesar de sus vínculos en el país europeo de origen (TEDH, *Darren Omoregie y otros c. Noruega*, 2008).¹⁷

En ambos casos, el mismo estereotipo de mujer-cuidadora sirve para establecer cuales migrantes “merecen” residir y cuales constituyen una amenaza. La interacción fortalece tanto el sistema de opresión basado en el género como aquel basado en la raza/estatus migrante, asegurando así que las mujeres se mantengan en su espacio (privado). Las migrantes lograrán la residencia, bajo condición de cumplir con el estereotipo de cuidadora y sus múltiples normas,¹⁸ mientras que la jerarquía racial recoloca las mujeres ciudadanas en su lugar subordinado dentro de las relaciones familiares. Tanto el sistema de opresión de género como el basado en el estatus migrante se unen para establecer cuáles familias tienen derecho a protección, y cuáles no importa separar: se fortalecen entre ellos, reafirmando tanto la jerarquía sexual y la división público/privado cuanto la jerarquía racial y la agenda migratoria. Estos ejemplos pretenden ilustrar cómo los estereotipos están consagrados a mantener las jerarquías sociales que los producen, haciendo que cada grupo esté en el espacio asignado, con sus roles y características naturalizadas.

gobierno inglés justificaba los obstáculos puestos a la reunificación de los migrantes con sus esposas residentes en Inglaterra, asumiendo que los hombres constituyen una amenaza para el mercado laboral interno, mientras que las mujeres migrantes no, porque se dedican a tareas domésticas (De Hart, 2009).

¹⁷ El Tribunal presenta esta elección imposible que se le impone a la madre (entre su familia y su vida personal en el país de origen) como un sacrificio natural que se esperaría de una buena madre y esposa, aceptando que el respeto del derecho a la vida familiar dependa de este sacrificio.

¹⁸ Normas que tienen que ver con el tipo de cuidado que tienen que proporcionar, pero también con su estatus familiar: la familia nuclear heterosexual con medios económicos.

Bibliografía

- Alexander, L. (1992). What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies, *University of Pennsylvania Law Review*, 141, 149–219.
- Allport, G. W. (1954). *The nature of prejudice*. Addison-Wesley.
- Amorós, C., *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias...para las luchas de las mujeres* (4th ed.), Madrid: Cátedra.
- Añón, M.J. (2020). Transformations in anti-discrimination law: progress against subordination, *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 27-43.
- Añón, M. J. (2014). The Antidiscrimination Principle and the Determination of Disadvantages, *The Age of Human Rights Journal*, 2, 109-128.
- Appiah, K. A. (2000). Stereotypes and the Shaping of Identity, *California Law Review*, 88, 41–54.
- Arena, F. J. (2019). Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos, *Derecho y Control* (2), 11–44.
- Arena, F. J. (2016) Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual, *Revista de Derecho de La Universidad Austral de Chile*, 29(1), 51–75.
- Barrère Unzueta, M.Á. (2018). Filosofía del Derecho Antidiscriminatorio, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 11-42.
- Barrère Unzueta, M. Á. (2008). Iusfeminismo y Derecho Antidiscriminatorio: Hacia la Igualdad por la Discriminación en Mestre i Mestre, R. M. (Ed.), *Mujeres, derechos, ciudadanías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 45–71.
- Barrère Unzueta, M. Á., y Morondo Taramundi, D. (2005). 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*, Madrid, Dykinson, 143–160.
- Cho, S., Crenshaw, K., & McCall, L. (2013). Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 38(4), 785–810.

- Clérico, L. (2018). Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad, *Revista de Derecho del Estado*, 41, 67-96.
- Condello, A. (2014). Il polimorfismo della generalizzazione nel diritto: una prospettiva filosofico-giuridica, *Jus Civile*, 5, 173-204.
- Cook, R. J., & Cusack, S. (2012). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. University of Pennsylvania Press.
- Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color, *Stanford Law Review*, 43, 1241-1299.
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, *The University of Chicago Legal Forum*, 139-167.
- De Hart, B (2009). Love Thy Neighbour: Family Reunification and the Rights of Insiders, *European Journal of Migration and Law*, 11, 235-252.
- Dovidio, J. F., Hewstone, M., Glick, P., & Esses, V. M. (Eds.) (2010). *The SAGE Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, London: SAGE Publications.
- Holtmaat, R. (2016). The Head of the Woman is the Man. The Failure to Address Gender Stereotypes in the Legal Procedures around the Dutch SGP, en Brems, E. y Timmer, A. (Eds.), *Stereotypes and Human Rights Law*, Intersentia, 143-173.
- Holtmaat, R. (2010). De igual tratamiento a igual derecho, en D. Heim y E. Bodelón (Eds), *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 209-228.
- Holtmaat, R. (2011). 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: Oxford University Press, 141-168.
- Kang, J., Bennett, M., Carbado, D., Casey, P., Dasgupta, N., Faigman, D., Godsil, R., Greenwald, A. G., Levinson, J. D., & Mnookin, J. (2012). Implicit Bias in the Courtroom, *UCLA Law Review*, 59, 1124-1186.

- Mackinnon, C. A. (1991). Reflections on Sex Equality under Law, *Yale Law Journal*, 100(5), 1281–1328.
- Molina Petit, C. (2003). Género y poder desde sus metáforas. Apuntes para una topografía del patriarcado en Tubert, S. Fraisse, G., Nicholson, L. J., Campillo, N. y Molina Petit, C. (Eds.), *Del sexo al género: los equívocos de un concepto*, Madrid: Catedra, 123–160.
- Molina Petit, C. (1994). *Dialéctica feminista de la ilustración*, Barcelona: Anthropos.
- Morondo Taramundi, D. (2016). La interseccionalidad entre teoría del sujeto y perspectiva de análisis: algunos apuntes desde la teoría del derecho antidiscriminatorio en M. La Barbera & M. Cruells Lopez (Eds.), *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, Madrid: Marcial Pons, 481–500.
- Morondo Taramundi, D. (2014). Women's oppression and face veil bans: A feminist assessment, en E. Brems (ed.), *The experiences of face veil wearers in Europe and the law* (pp. 218-231), Cambridge: Cambridge University Press.
- Nelson, J. A. (2014). The power of stereotyping and confirmation bias to overwhelm accurate assessment: the case of economics, gender, and risk aversion, *Journal of Economic Methodology* 21(3), 211-231.
- Peroni, L. (2014). Religion and culture in the discourse of the European Court of Human Rights: the risks of stereotyping and naturalising, *International Journal of Law in Context*, 10(2), 195–221.
- Render, M. (2010). Gender Rules, *Yale Journal of Law and Feminism*, 22, 133–191.
- Schauer, F. (2006). *Profiles, probabilities, stereotypes*, Cambridge: Belknap Press.
- Staiano, F. (2013). Good mothers, bad mothers: Transnational mothering in the European court of human rights' case law, *European Journal of Migration and Law*, 15(2), 155–182.
- Stangor, C. (2000). *Stereotypes and Prejudice: Essential Readings*, Philadelphia: Psychology Press.

- Timmer, A. (2015). Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law, *The American Journal of Comparative Law*, 63, 239–284.
- Timmer, A. (2011). Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, 11(4), 707–738.
- Young, I. M. (1994). Gender as Seriality: Thinking about Women as a Social Collective, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 19(3), 713–738.
- Young, I. M. (2000). *Justice and the Politics of Difference*, 1990, Princeton: N.J., Princeton University Press, (Trad. cast. de Silvina Álvarez, *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid: Cátedra).

Casos del TEDH

- TEDH (Gran Sala) caso *D.H. y otros c. Republica Checa*, no. 57325/00, 13 noviembre de 2007, CE:ECHR:2007:1113JUD005732500
- TEDH (Gran Sala) caso *Dubská y Krejzová c. Republica Checa*, 15 noviembre de 2016, CE: ECHR:2016:1115JUD002885911)
- TEDH (Gran Sala) caso *Jeunesse c. Olanda*, no. 112738/10, 3 octubre 2014, CE: ECHR:2014:1003JUD001273810
- TEDH (Sección 1a) caso *Konstantin Markin c. Rusia*, no. 30078/06, decisión de 7 octubre 2010, CE: ECHR:2010:1007JUD003007806
- TEDH (sección 4a) caso *Soares de Melo c. Portugal*, no. 72850/14, 16 febrero 2016, CE:ECHR:2016:0216JUD007285014
- TEDH caso *Aksu contra Turquía*, no. 4149/04 y 41029/04, 15 marzo de 2012, CE:ECHR:2012:0315JUD000414904
- TEDH caso *Alajos Kiss c. Hungría*, no. 38832/06, 20 mayo 2010, CE:ECHR:2010: 0520JUD003883206
- TEDH caso *Gauer y otros c. Francia*, no. 61521/08, decisión de 23 octubre 2012 (improcedente), CE:ECHR:2012:1023DEC006152108
- TEDH caso *I.G. y otros c. Eslovaquia*, no. 15966/04, 13 noviembre de 2012.
- TEDH caso *Marckx c. Bélgica*, no. 6833/74, 13 de junio 1979, CE: ECHR:1979:0613JUD000683374.

- TEDH caso *Moser c. Austria (sección 1a)*, no. 12643/02, 21 septiembre 2006, CE: ECHR: 2006:0921JUD001264302
- TEDH caso *R.R. c. Polonia*, no. 27617/04, 26 Mayo 2011
- TEDH caso *Tysiaç c. Polonia*, no. 5410/03, 20 Marzo 2007
- TEDH caso *V.C. c. Eslovaquia*, no. 18968/07, 8 noviembre de 2011; STEDH caso *N.B. c. Eslovaquia*, no.29518/10, 12 junio de 2012
- TEDH, caso *Darren Omoregie y otros c. Noruega*, no. 265/07, 31 julio 2008, CE: ECHR:2008:0731JUD000026507.
- TEDH, caso *Horváth y Kiss c. Hungría*, no.11146/11, 29 enero de 2013, CE: ECHR:2013:0129JUD001114611
- TEDH, caso *M. y otros c. Italia y Bulgaria*, no. 40020/03, 31 julio de 2012, CE: ECHR: 2012:0731JUD004002003; STEDH, caso *Angelova c. Bulgaria*, no. 3861/97, 13 junio de 2002, CE:ECHR:2002:0613JUD003836197
- TEDH, caso *Ramos Andrade c. Olanda*, no. 53765/00, decisión de 6 julio de 2004 (improcedente), CE: ECHR:2004:0706DEC005367500
- TEDH, caso *Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Olanda*, no. 50435/99, 31 enero 2006, CE: ECHR:2006:0131JUD005043599.
- TEDH, caso *Soares de Melo c. Portugal*, no. 72850/14, 16 febrero 2016, CE: ECHR:2016:0216JUD007285014.

Casos del TJCE (actualmente TJUE)

- TJCE de 8 noviembre 1983, *Commission of the European Communities c. United Kingdom and Northern Ireland*, C-165/82, EU:C:1983:311
- TJCE de 11 enero de 2000, *Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland*, C-285/98, EU:C:2000:2.
- TJCE de 15 mayo de 1986, *Marguerite Johnston vs. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84, EU:C:1986:206.
- TJUE de 16 julio de 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14, EU:C:2015:480.
- TJCE de 14 septiembre de 1999, *Gabriele Gruber c. Silhouette Internacional Schmied GMBH & Co. KG*, C-249/97, EU:C:1999:405.
- TJCE de 26 octubre de 1999, *Angela Maria Sirdar v The Army Board and Secretary of State for Defence*, C-273/97, EU:C:1999:523.

Reportes y Recomendaciones Generales CEDAW

CEDAW, CO New Zealand, CEDAW/C/NZL/CO/6 (2007)

CEDAW, RG 25: Article 4, Paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on Temporary Special Measures, UN Doc A/59/38 (2004).

Los estereotipos en el Derecho Antidiscriminatorio: Comentario

Stereotypes in Antidiscrimination Law: Commentary

Lourdes Peroni*

Recepción: 16/09/2021

Evaluación: 23/09/2021

Aceptación final: 29/04/2022

Resumen: La conceptualización de los estereotipos formulada por Elena Ghidoni y Dolores Morondo Taramundi representa un avance importante en los debates jurídicos sobre la igualdad y la no discriminación. Sin embargo, algunas precisiones en la formulación podrían ayudar a comprender aun mejor el funcionamiento y el rol de los estereotipos. El comentario invita a explorar más detalladamente el funcionamiento asimétrico de la estereotipación, incluyendo el papel que juega la asimetría de poder en la selección, valoración, atribución y jerarquización de espacios, roles, comportamientos y características grupales, y en la jerarquización de los grupos a los cuales se atribuyen estos espacios, roles, comportamientos y características. El comentario también invita a analizar en mayor detalle las características que harían que los estereotipos sirvan para naturalizar, invisibilizar, racionalizar y normalizar las jerarquías de poder. Por último, el comentario es una invitación a reflexionar sobre las formas en que la formulación de los estereotipos propuesta por Ghidoni y Morondo Taramundi podría cobrar vida en el razonamiento jurídico de los tribunales.

Palabras clave: estereotipos, derecho anti-discriminatorio, asimetría de poder, razonamiento jurídico

* Doctora en Derecho, Universiteit Gent, Bélgica. Investigadora, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), Paraguay. Correo electrónico: lperoni@post.harvard.edu

Abstract: The concept of stereotypes offered by Elena Ghidoni and Dolores Morondo Taramundi represents a significant conceptual contribution to existing legal debates on equality and non-discrimination, particularly to critical anti-discrimination law. A few precisions in the proposed concept, however, may help to understand even better the function and workings of stereotypes. This commentary is thus an invitation to explore in more detail the asymmetric workings of stereotypes, including the role that power asymmetry plays in selecting, valuing and attributing group characteristics, behaviours, spaces and roles as well as the group hierarchies that result from this selection, valuing and attribution. The commentary is also an invitation to further analyse the features inherent in stereotypes, which would serve to naturalise, rationalise, normalise and/or render invisible power hierarchies. Finally, the commentary encourages Ghidoni and Morondo Taramundi to reflect on the ways in which their concept of stereotypes may work out in practice in the legal reasoning of courts.

Keywords: stereotypes, anti-discrimination law, asymmetry, legal reasoning

1. Introducción

Si bien los tribunales han venido reconociendo los estereotipos e intentando establecer la relación entre los estereotipos y la discriminación,¹ Elena Ghidoni y Dolores Morondo Taramundi (las autoras) hacen bien en recordarnos que los estereotipos continúan siendo un elemento “elusivo” en el razonamiento jurídico de los tribunales y en la teoría jurídica. Las autoras argumentan que los múltiples usos que los tribunales y otros operadores jurídicos han dado al término no han aportado gran claridad conceptual y han hecho difícil la identificación del estereotipo en los casos de discriminación.

¹ Ver, por ejemplo, STEDH (Gran Sala), Caso *Konstantin Markin c. Rusia*, no. 30078/06, decisión de 22 de marzo 2012; STEDH (Sección Cuarta), Caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, no. 17484/15, decisión de 25 de julio 2017 y CíDH, Caso *González y Otras (“Campo Algodonero”), c. México*, 16 de noviembre 2009.

En la academia jurídica es posible observar avances importantes para entender el concepto de los estereotipos (Cook y Cusack, 2010) y los usos que le han dado los tribunales (Timmer, 2015). Sin embargo, como bien señalan las autoras, el concepto necesita de aún más precisiones para poder comprender mejor la relación entre el estereotipo y las jerarquías de poder, especialmente en el ámbito del derecho antidiscriminatorio crítico, al cual preocupan precisamente estas jerarquías.²

Las autoras arrojan luz sobre esta relación al conceptualizar los estereotipos como una forma particular de generalización (sobre los grupos, sus roles, sus características) que, en el marco del derecho antidiscriminatorio crítico, se distinguiría de otras generalizaciones por su función: la de justificar las jerarquías de poder. En palabras de las autoras:

Creemos que la función de los estereotipos es la justificación de las estructuras de poder que representan: en la medida que esas estructuras de poder sean opresivas para determinados grupos – como el patriarcado, el racismo, las estructuras de clase, el heteronormativismo, etc. – los estereotipos que generen lo serán también.

Comparto en gran medida este planteamiento de fondo. La conceptualización propuesta sin duda ayuda a ver más claramente como los estereotipos reflejan y a la vez refuerzan los sistemas que mantienen el estatus de inferioridad o subordinación de ciertos grupos y el de superioridad o dominación de otros. Considero sin embargo que algunas precisiones conceptuales en la formulación propuesta por las autoras podrían ayudar a comprender aun mejor el funcionamiento y el rol de los estereotipos. En este espacio, me gustaría por tanto invitar a pensar sobre algunos elementos de esta formulación y también a reflexionar sobre la propuesta más allá de los aspectos conceptuales, especialmente sobre las formas en las que esta propuesta podría cobrar vida en el razonamiento jurídico de los tribunales.

² Ghidoni y Morondo Taramundi enmarcan su propuesta conceptual de los estereotipos dentro de la perspectiva crítica del derecho antidiscriminatorio cuya función es la lucha contra la opresión. Sobre esta perspectiva crítica, ver, por ejemplo, Barrère Unzueta (2018, pp. 11-42). Visibilizando la idea de “poder sobre” y acuñando el término “subordiscriminación”

2. El funcionamiento asimétrico de la estereotipación

Si sigo correctamente la propuesta conceptual de las autoras, el estereotipo sería una forma particular de generalización sobre los comportamientos, roles y características de los grupos. Ahora bien, y siguiendo con mi interpretación del argumento de las autoras, no toda generalización grupal sería un estereotipo relevante para el derecho antidiscriminatorio crítico, sino solamente aquellas impuestas a los grupos como mecanismos de los sistemas de dominación con la función de asignarles y mantenerlos en espacios de inferioridad jerárquica.

Lo importante, argumentan las autoras, serían las *razones* por las cuales los estereotipos atribuyen esos comportamientos, roles y características grupales y los *efectos* que esa atribución tiene sobre los grupos. En la formulación del rol de los estereotipos en el derecho antidiscriminatorio las autoras toman tres elementos de la crítica feminista al derecho antidiscriminatorio, concretamente tres elementos que definen el patriarcado como sistema de opresión: la serialización, la heterodesignación (Molina Petit 2003; Amorós 2005) y la interseccionalidad (Crenshaw 1991).

Considero que parte del potencial esclarecedor de la propuesta conceptual está en el énfasis que las autoras ponen en el *proceso* de estereotipar o estereotipación (*stereotyping*). Este énfasis invita a enfocarnos en la dinámica que (re)produce las jerarquías y no tanto en sus “productos osificados,” es decir, en los estereotipos.³ La luz que arrojan las autoras sobre el funcionamiento de los estereotipos contribuye a comprender más claramente el proceso de formación de los estereotipos relevantes para el derecho anti-discriminatorio, así como la relación entre los estereotipos y los sistemas de dominación que los (re)producen. Este enfoque, nos dicen las autoras, permitiría entender los estereotipos como “la clave de lectura o de acceso a los mecanismos que pretenden invisibilizar.”

Estereotipar, siguiendo con mi interpretación de la propuesta conceptual, consistiría más concretamente en hacer generalizaciones que seria-

³ (MacKinnon, 2013, p. 1023): “... categories and stereotypes and classifications are authentic instruments of inequality. And they are static and hard to move. But they are the *ossified outcomes of the dynamic intersection of multiple hierarchies, not the dynamic that create them*. They are there, but they are not the reason they are there.” Énfasis mío.

lizan y heterodesignan ciertos grupos. Mediante la serialización, según explican las autoras basadas en la obra de Amorós (2005), los miembros de un grupo serían considerados partes de una serie y por tanto idénticos, indiscernibles e intercambiables (por ejemplo, las mujeres), a diferencia de otros grupos cuyos miembros serían considerados iguales y con la capacidad de distinguirse unos de otros o de individualizarse (por ejemplo, los hombres). Mediante la heterodesignación, según entiendo el argumento, las generalizaciones serían impuestas y los espacios serían asignados a ciertos grupos (por el contrario, otras generalizaciones estarían auto-definidas y los espacios elegidos por los grupos que los ocupan). Tomando el ejemplo dado por las autoras, las mujeres han quedado segregadas en el espacio doméstico/privado a través de generalizaciones impuestas sobre ellas mientras que los hombres han escogido ocupar el espacio público mediante generalizaciones dadas a sí mismos.

Un rasgo fundamental aparentemente presente en el funcionamiento de los estereotipos – y que invitaría a las autoras a investigar más profundamente – es la asimetría. La asimetría en el proceso de estereotipar está implícita en los ejemplos usados por las autoras para ilustrar la serialización y la heterodesignación. Los hombres se asignan a sí mismos ciertos espacios y características/roles mientras que a las mujeres se les asigna ciertos espacios y características/roles. Al mismo tiempo, los hombres se reconocerían como iguales y podrían diferenciarse unos de otros (se individualizarían) mientras que las mujeres serían idénticas o “repetidas” como parte de una producción en serie y no podrían distinguirse unas de otras (se despersonalizarían). En suma, ciertos grupos gozan de auto-designación y discernibilidad mientras otros sufren la hetero-designación y la indiscernibilidad.

Este carácter asimétrico de la estereotipación también se puede observar más explícitamente en el argumento de las autoras cuando señalan el rol asimétrico que juegan las personas que ocupan los espacios “de igualdad y de identidad.” Las autoras incluso reconocen expresamente que “el mecanismo de la heterodesignación apunta a la asimetría del estereotipo,” lo cual permitiría reafirmar la vinculación del estereotipo “con el poder y su función de conservar el sistema de opresión.” El estereotipo,

afirman, recae “de arriba para abajo”, esto es, sobre los grupos dominados y no sobre los dominantes. La asimetría está entonces en cierta medida presente en la propuesta conceptual de las autoras. Sin embargo, creo que es necesario identificar y desarrollar más profundamente este aspecto – o incluso analizarlo como un elemento separado – porque permitiría relacionar más claramente la estereotipación con la disparidad de poder que (re)produce los estereotipos como mecanismos para sostener y reforzar esa disparidad.

Otra clave para analizar esta asimetría podría encontrarse en la organización jerárquica de los espacios/características/roles que se atribuirían a unos y a otros grupos, así como en la jerarquización de los grupos asociados con unos y otros espacios/roles/características. Como sostiene Amorós: “lo valorado socialmente está en el espacio público y se lo adjudican los varones, y lo no valorado está en el espacio privado y ese espacio se nos adjudica a las mujeres” (1994, p. 5). Ghidoni y Morondo Taramundi argumentan convincentemente que “desde la perspectiva que ofrece el feminismo, el problema no reside en el mecanismo generalizador, sino en el principio jerárquico que estructura la selección de rasgos y que organiza los grupos sociales en una jerarquía de valores.” Este es otro punto central que merecería ser desarrollado más extensamente como parte del proceso de estereotipación que interesaría al derecho antidiscriminatorio crítico.

Estoy de acuerdo con las autoras en que la cuestión a dilucidar no es tanto si el estereotipo es negativo o positivo. Efectivamente, un estereotipo aparentemente positivo – por ejemplo, las mujeres son pacíficas, las mujeres son cuidadoras – puede funcionar para asignar a las mujeres, y mantenerlas en, un espacio considerado inferior (el privado: doméstico, familiar) y al mismo tiempo preservar un espacio considerado superior para los hombres (el público: la política, las intervenciones armadas). El “para qué” se estereotipa nos lleva a la función del estereotipo de la que hablan las autoras: para justificar las jerarquías de poder. La cuestión central entonces sería más bien si el estereotipo funciona como mecanismo para mantener y reforzar relaciones jerárquicas,⁴ es decir, un arriba/abajo,

⁴ Ver, también, Timmer, A. (2011, p. 715). Alexandra Timmer argumenta que los estereotipos a menudo sirven para mantener las relaciones de poder existentes, afirmando una

un más/menos, un más alto/más bajo, un dominante/subordinado, un superior/inferior.⁵

Ahora bien, me pregunto si reflexionar además sobre las dicotomías alrededor de las cuales se asignan y organizan los espacios/características/roles – y los grupos asociados con ellos – podría arrojar luz sobre el funcionamiento asimétrico de los estereotipos. El pensamiento dicotómico y las jerarquías a las que da lugar han sido cuestionados dentro del feminismo (Olsen, 1983, p. 1577-78) y más allá (Peroni, 2014) precisamente por sus implicancias de desigualdad entre los grupos. Las construcciones binarias privilegian un lado del par (por ejemplo, racional, público, objetivo) sobre el lado opuesto (por ejemplo, emocional, privado, subjetivo) ubicando un lado de la dicotomía como dominante y el otro como subordinado y permitiendo así la jerarquización entre los grupos asociados con uno u otro lado (Olsen, 1983, p.1577-78). En palabras de Dianne Otto (1997), no se trataría por tanto de eliminar las generalizaciones ni de refinarlas hasta que sean “correctas” sino de cuestionar constantemente las categorías usadas y el poder atribuido a ellas por las construcciones dualistas de Estándar y Otro.⁶

En síntesis, parece fundamental explorar más detalladamente el funcionamiento asimétrico de la estereotipación, incluyendo el papel que juega la asimetría en la selección, valoración, atribución y jerarquización de espacios, roles, comportamientos y características grupales, y en la jerarquización de los grupos a los cuales se atribuyen estos espacios, roles, comportamientos y características.

jerarquía simbólica y real entre “nosotros” y “ellos” (“often serve to maintain existing power relationships”, upholding ‘a symbolic and real hierarchy between “us” and “them.”).

⁵ MacKinnon, C. (2016, p. 740): argumentando que el principio identificador de la concepción sustantiva de la desigualdad es la jerarquía social y explicando la jerarquía social en términos de arriba y abajo, más y menos, más alto y más bajo, dominante y subordinado, superior e inferior.

⁶ Otto, D. (1997, p. 28): “Therefore the issue is not one of dispensing with abstractions or of refining them until they are ‘correct.’ It is, rather, of continually questioning which categories we use in human rights discourse and contesting the power that is attributed to them by modernity’s dual constructions of Standard and Other ...”.

3. La función justificativa de los estereotipos

Otra cuestión que merecería mayor precisión tiene que ver con la función que el estereotipo tendría en el marco del derecho anti-discriminatorio crítico. De acuerdo con el planteamiento de las autoras, la función de los estereotipos sería justificativa: justificar las jerarquías de poder. Aquí me gustaría invitar a reflexionar sobre el significado de, y las formas que podría tomar esta función. Ghidoni y Morondo Taramundi sugieren que estas jerarquías producen los estereotipos y que éstos a su vez están destinados a mantener dichas jerarquías: “los estereotipos están consagrados a *mantener* las jerarquías sociales que los *producen*.”⁷ Entiendo entonces que mantener o sostener las jerarquías de poder o sistemas de opresión sería en esencia la función del estereotipo en la propuesta conceptual.

La pregunta que me hago sin embargo es cómo o de qué maneras los estereotipos justificarían estas jerarquías. En otras palabras, que implicaría “justificar” en la formulación de los estereotipos propuesta por las autoras. De sus argumentos parecería que “justificar” incluiría varios mecanismos como el de *confinar* al grupo en el espacio asignado (“haciendo que cada grupo esté en el espacio asignado”); el de *naturalizar* las características y los roles atribuidos al grupo (“haciendo que cada grupo esté en el espacio asignado, con sus roles y características naturalizadas”) o “el orden de poder que expresan;” el de *invisibilizar* las condiciones de opresión; y el de *racionalizar* “los sistemas de poder.” En suma, parecería que en el planteamiento de las autoras los estereotipos servirían para impedir que estos sistemas o relaciones sean visibilizados y cuestionados, haciendo que sean presentados como “resultado de un estado de cosas.”

Asumiendo que justificar implicaría *naturalizar*, *invisibilizar* y *racionalizar* los sistemas de poder, la pregunta ahora es cómo concretamente los estereotipos servirían para naturalizar, invisibilizar y racionalizar estos sistemas. Los argumentos de las autoras sugieren que los estereotipos servirían para naturalizar, invisibilizar y racionalizar no solamente los comportamientos, características y expectativas atribuidos a los grupos sino también “todos los dispositivos normativos” que atañen a un grupo (por

ejemplo, segregación escolar/residencial, violencia) y las actitudes de los grupos dominantes hacia ellos (por ejemplo, desprecio, paternalismo). Nombrar y desarrollar qué exactamente estarían naturalizando, invisibilizando, racionalizando y normalizando los estereotipos – ¿características, expectativas y comportamientos atribuidos a ciertos grupos? ¿nomas creadas por los grupos dominantes? ¿actitudes de los grupos dominantes? – arrojaría una luz importante sobre la función justificativa de los estereotipos expuesta por las autoras.

Otra cuestión relacionada es cuáles serían las peculiaridades del estereotipo, tal como lo definen las autoras, que le permitirían cumplir esta función *naturalizadora, invisibilizadora, racionalizadora y normalizadora* del orden jerárquico. Dicho de otra manera, teniendo en cuenta la conceptualización de las autoras, qué hace que los estereotipos oculten los ejes de poder y protejan las jerarquías. ¿Podrían encontrarse algunas claves en la repetición, la difusión, en el carácter estático e inmutable o en la “osificación” de los estereotipos? Las autoras hacen alusión a varios de estos rasgos cuando argumentan, por ejemplo, que “los estereotipos son *convenciones sociales* estructuradas y *repetidas*.”⁸ También cuando señalan que “para los estereotipos se admiten características, como ... el carácter *estático*” y que “la *persistencia y difusión* de los estereotipos” hacen pensar que “*resisten* a la evidencia en contra.”⁹ ¿Podría decirse que el estereotipo es una forma particular de generalización grupal, difundida ampliamente en una sociedad y repetida sistemáticamente a lo largo del tiempo al punto de quedar convertido en algo osificado?

Analizar en mayor detalle las características que harían que los estereotipos sirvan para naturalizar, invisibilizar, racionalizar y normalizar las jerarquías de poder que reflejan y refuerzan contribuiría a entender mejor el funcionamiento de los estereotipos en el derecho anti-discriminatorio en la propuesta de las autoras. Además, examinar estas características y especificar qué exactamente naturalizan, invisibilizan, racionalizan y normalizan podrían ayudar a los tribunales a reconocer los estereotipos dado que, como ellas sostienen, la dificultad para “verlos” se debe en parte a que las sociedades han naturalizado estos roles, comportamientos y características grupales.

⁸ Énfasis mío.

⁹ Énfasis mío.

4. Los estereotipos en el razonamiento jurídico de los tribunales

Ghidoni y Morondo Taramundi argumentan que identificar los estereotipos no es tarea fácil para los tribunales en parte porque “la función del estereotipo es precisamente naturalizar e invisibilizar ciertas relaciones.” Sostienen que para identificarlos hay que “hacerlos emerger y denunciar su propia naturaleza” a través “un examen judicial riguroso.” Me gustaría aprovechar esta preocupación de las autoras para mover el foco de la discusión a un plano más concreto y plantear de qué manera la formulación de los estereotipos propuesta por las autoras podría cobrar vida en el razonamiento jurídico de los tribunales. Por ejemplo, y en primer lugar, ¿de qué manera esta formulación facilitaría la identificación de los estereotipos en los casos de discriminación? ¿Sería reconocer una generalización – sobre los comportamientos y características de un grupo – el primer paso hacia la identificación del estereotipo tal como lo conceptualizan Ghidoni y Morondo Taramundi?

Una vez identificada la generalización ¿se debería luego investigar las *razones* detrás de la atribución de esos comportamientos y características a los miembros de un determinado grupo? De ser así, y como sugiero en la anterior sección, sería útil delimitar con mayor precisión el contenido de la función justificativa del estereotipo y las formas a través de las cuales se manifiesta esta función. ¿Debería una evaluación crítica del uso que se hace de una generalización ser un aspecto clave en el razonamiento de los tribunales? De ser así, ¿cuales serían algunos indicadores de los usos problemáticos de una generalización desde la perspectiva de la propuesta conceptual de las autoras? ¿De qué manera permitiría el enfoque planteado por ellas “responder con más precisión y eficacia” a los efectos discriminatorios del estereotipo? Coincido con las autoras en la necesidad de preguntarse además sobre los *efectos* que la atribución de esos comportamientos y características tiene sobre el conjunto de los grupos.¹⁰

¹⁰ Peroni (2014, pp. 205-6). En este artículo argumento a favor de examinar la dimensión grupal de los efectos discriminatorios de los estereotipos (no solamente la individual), concretamente las jerarquías que los estereotipos (re)producen entre los grupos.

Este último punto me lleva al argumento – con el cual estoy de acuerdo¹¹ – de que para combatir efectivamente los estereotipos no se puede dejar “intacto el estereotipo en relación con el grupo.” La pregunta, sin embargo, es una vez más de qué maneras exactamente un tribunal debería/podría contribuir a “abandonar” ese estereotipo en relación con el grupo, sobre todo teniendo en cuenta el argumento de las autoras de que el estereotipo “condensa una narrativa” que a su vez sostiene una serie de normas que estarían reforzando un orden jerárquico en distintos ámbitos. Tomando el ejemplo de “la mujer ama de casa” usado por las autoras, entiendo que entonces no bastaría con identificar y cuestionar este estereotipo. El análisis probablemente debería ir más allá e incluiría desenmascarar esa narrativa que estaría sosteniendo múltiples normas y de esa manera relegando a las mujeres al espacio doméstico heterodesignado.

Por otra parte, ¿qué involucraría un análisis interseccional estructural¹² en este contexto? Imagino que, una vez identificado un estereotipo, correspondería investigar si estaría interactuando con otros y fortaleciéndose mutuamente para reforzar espacios de inferioridad heterodesignados a un cierto grupo. Sin embargo, si sigo correctamente el argumento de las autoras, visibilizar esta interacción y este mutuo fortalecimiento de estereotipos no sería suficiente desde el punto de vista de la interseccionalidad estructural. Habría además que visibilizar los distintos sistemas de poder que (re)producen estos estereotipos y que interactúan para mantener la subordinación de ciertos grupos.

Un ejemplo revelador en este sentido es el de los derechos reproductivos. Usando este ejemplo, las autoras examinan como dos estereotipos de género – mujer-madre y mujer irracional/vulnerable – se combinarían para dificultar el acceso al aborto de ciertos grupos de mujeres y para justificar la esterilización forzada de otros grupos de mujeres. El ejemplo es iluminador porque sugeriría que el análisis interseccional no necesariamente debe centrarse en

¹¹ Ver Peroni, 2014.

¹² Las autoras adoptan la versión estructural de la interseccionalidad (la cual pone énfasis en la interacción entre las estructuras de la desigualdad y no entre las categorías de identidad), argumentando que esta versión les permite usar la interseccionalidad “como una herramienta analítica de la interacción de los sistemas de poder.” Sobre la interseccionalidad estructural, ver, por ejemplo, Cho, Crenshaw y McCall (2013, pp. 797-800).

identificar la interacción de estereotipos de distinto tipo (por ejemplo, un estereotipo de género y uno racial) sino en identificar los ejes de poder que interactúan en esos estereotipos, incluso en un sólo estereotipo. En el caso de los derechos reproductivos, las autoras demuestran que el estereotipo de género de la maternidad “viene determinado por otros ejes de poder y otras jerarquías sociales (étnicas, capacitistas, de clase social, etc.)” y argumentan que en realidad los estereotipos de género están “constituidos simultáneamente por otros ejes como la raza, la clase social y la orientación sexual.”

En esencia, el argumento de las autoras de que “los estereotipos de género son constitutivamente interseccionales o complejos” sugiere que el estereotipo de género puede estar determinado por otras jerarquías de poder, no solamente la de género. Llevando este argumento sumamente importante al plano concreto del razonamiento jurídico de los tribunales, la pregunta es: una vez identificado el estereotipo de género, qué requeriría un “examen judicial riguroso” para “hacer emerger” los distintos ejes de poder que interactúan para (re)producir ese estereotipo.

Al plantear ésta y otras preguntas en esta última sección, mi intención no es tanto provocar una respuesta detallada a cada una de ellas sino más bien invitar a reflexionar sobre algunas implicancias concretas que la propuesta conceptual de las autoras podría tener en el razonamiento jurídico de los tribunales en los casos de discriminación.

5. Conclusión

El énfasis que la propuesta de Ghidoni y Morondo Taramundi pone en la función del estereotipo – justificar las jerarquías de poder – es sin duda un aporte valioso para hacer visibles y cuestionar los sistemas de poder que preocupan al derecho antidiscriminatorio crítico. La propuesta investiga *para qué* sirve el estereotipo, y en ese proceso, también arroja luz sobre *cómo* el estereotipo cumpliría esa función justificativa y sobre los efectos discriminatorios que tendrían los estereotipos en los grupos sometidos a ellos y no solamente en la persona estereotipada.

El énfasis en el proceso de estereotipar es igualmente valioso e iluminador porque permite comprender mejor la dinámica de poder que (re) produce los estereotipos y no solamente el “producto osificado,”¹³ esto es, el estereotipo. Uno de los aspectos más innovadores de la propuesta conceptual probablemente se encuentre en el argumento de que “los estereotipos de género son constitutivamente interseccionales.” Este argumento invita a investigar la interacción de los distintos sistemas de poder que podrían estar detrás de un sólo estereotipo y al mismo tiempo ayuda a visibilizar la complejidad y la dinámica con las que opera un estereotipo.

En suma, la propuesta de las autoras representa indudablemente un paso conceptual importante para comprender el funcionamiento y el rol de los estereotipos en los debates jurídicos sobre la igualdad y la no discriminación. En este espacio, espero haber invitado a reflexionar sobre algunos aspectos tanto de la función del estereotipo como del proceso de estereotipar. Esta reflexión podría contribuir no solamente a afinar aun más las razones, los mecanismos y los efectos discriminatorios de los estereotipos sino también a facilitar la tarea de los tribunales de identificar los estereotipos y de establecer la relación entre los estereotipos y la discriminación.

Bibliografía

- Amorós, C. (1994). Espacio Público, Espacio Privado y Definiciones Ideológicas de “lo masculino” y “lo femenino”. En C. Amorós, *Feminismo, Igualdad y Diferencia* (pp. 23-52), México: UNAM, PUEG.
- Amorós, C. (2005). *La Gran Diferencia y sus Pequeñas Consecuencias...para las Luchas de las Mujeres* (4ta ed.), Madrid: Cátedra.
- Barrère Unzueta, M.A. (2018). Filosofías del Derecho Antidiscriminatorio ¿Qué Derecho y Qué Discriminación? Una Visión Contra-hegemónica del Derecho Antidiscriminatorio, *Anuario de Filosofía del Derecho* XXXIV, 11-42.

¹³ Ver MacKinnon, *supra* n. 3 (llamando “ossified outcomes” a los estereotipos).

- Cho, S., Crenshaw, K., y McCall, L. (2013). Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 38(4), 785–810.
- Cook, R. y Cusack, S. (2010). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color, *Stanford Law Review*, 43, 1241–1299.
- Ghidoni, E. y Morondo Taramundi, D. (2022). El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio, *Discusiones*, 28(1).
- MacKinnon, C. (2016). Substantive Equality Revisited: A Reply to Sandra Fredman, *I•CON* 14(3), 739–46.
- MacKinnon, C. (2013). Intersectionality as Method: A Note, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 38(4), 1019–1030.
- Molina Petit, C. (2003). Género y Poder desde sus Metáforas. Apuntes para una Topografía del Patriarcado. En S. Tubert, G. Fraisse, L.J. Nicholson, N. Campillo y C. Molina Petit (eds.), *Del Sexo al Género: los Equívocos de un Concepto* (pp. 123–160), Madrid: Cátedra.
- Olsen, F.E. (1983). The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform, *Harvard Law Review*, 96(7), 1497–1578.
- Otto, D. (1997). Rethinking the “Universality” of Human Rights Law, *Columbia Human Rights Law Review*, 29(1), 1–46.
- Peroni, L. (2014). Deconstructing “Legal” Religion in Strasbourg, *Oxford Journal of Law and Religion*, 3(2), 235–257.
- Peroni, L. (2014). Religion and Culture in the Discourse of the European Court of Human Rights: The Risks of Stereotyping and Naturalising, *International Journal of Law in Context*, 10(2), 195–221.
- Timmer, A. (2015). Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law, *The American Journal of Comparative Law*, 63, 239–284.
- Timmer, A. (2011). Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, 11(4), 707–738.

Estereotipos y derecho antidiscriminatorio: algunas reflexiones para desarmar la desigualdad compleja

*Stereotypes and Anti-Discrimination Law:
Some reflections to dismantle complex
inequality*

Liliana Ronconi*

Recepción: 17/01/2022

Evaluación: 16/02/2022

Aceptación final: 12/05/2022

Resumen: El objetivo de este texto es reconstruir los avances y desafíos de la tesis de Elena Ghidoni y Dolores Morondo Taramundi vinculada a la revisión de los estereotipos en el ámbito del derecho antidiscriminatorio desde la perspectiva de la crítica feminista. En particular, me interesa rescatar los avances que esta tesis representa *en y para* el desarrollo y comprensión de la desigualdad compleja. Asimismo, mostraré algunas “lagunas” que existen en el desarrollo de la tesis de Ghidoni y Morondo Taramundi vinculadas al rol del “contexto” y de los “remedios” que intento completar o por lo menos dejar planteadas para desarrollos futuros. Este trabajo se enmarca en una línea de investigación de mayor aliento que sostiene la necesidad de poner en diálogo al derecho antidiscriminatorio a la europea con el abordaje de la desigualdad estructural a la interamericana.

Palabras claves: desigualdad estructural, estereotipos, derecho antidiscriminatorio, contexto, remedios.

* Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Investigadora Asistente, Conicet y Profesora Adjunta Interina, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: lronconi@derecho.uba.ar. Agradezco a Laura Clérico los valiosos comentarios sobre diversos puntos de este trabajo.

Abstract: This paper presents a critical review of Elena Ghidoni and Dolores Morondo Taramundi's thesis, which proposes to carry out a review of stereotypes in the field of anti-discrimination law from the perspective of feminist criticism. In my comment, I want to show the advances that this thesis represents in and for structural inequality. Also, point out some "gaps" that exist in the development of Ghidoni and Morondo Taramundi's thesis linked to the role of the "context" and the "remedies". This work is part of a broader line of research that supports the need to put European-style anti-discrimination law in dialogue with the Inter-American approach to structural inequality.

Keywords: structural inequality, stereotypes, anti-discrimination law, context, remedies.

1. Introducción

El objetivo de este texto es reconstruir los avances y desafíos de la tesis de Elena Ghidoni y Dolores Morondo Taramundi en "El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio" que propone realizar una revisión de los estereotipos en el ámbito del derecho antidiscriminatorio desde la perspectiva de la crítica feminista. Sostienen las autoras que la función de los estereotipos es *justificar las jerarquías de poder*. Para esto, consideran tres cuestiones tomadas de las teorías feministas: la serialización, la heterodesignación y la interseccionalidad, que son analizadas desde casos concretos de la jurisprudencia de dos Cortes europeas (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH; y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE).

En mi presentación me interesa rescatar los avances que esta tesis representa *en y para* el derecho antidiscriminatorio, como asimismo demostrar cómo sus postulados son aplicables también a los desarrollos que existen en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) basados en la desigualdad estructural. Esto me permite mostrar algunas "lagunas" que existen en el desarrollo de la tesis de Ghidoni y Morondo Taramundi vinculadas al rol del "contexto" y de los

“remedios” que intento completar o por lo menos dejar planteadas para desarrollos futuros. La tesis que aquí se sostiene se enmarca en una línea de investigación de mayor aliento que sostiene la necesidad de poner en diálogo al derecho antidiscriminatorio a la europea con el abordaje de la desigualdad estructural a la interamericana.

Para esto, en primer lugar, (2) realizaré una reconstrucción sucinta de los argumentos planteados por las autoras y daré algunas razones sobre la importancia de su tesis. Luego, a fin de mostrar un posible diálogo con la situación en América Latina, (3) voy a trasladar los argumentos allí vertidos al análisis de jurisprudencia de la Corte IDH. Así, (4) buscaré identificar algunos vacíos o dudas que surgieron a raíz del desarrollo argumentativo, a la luz del análisis de las sentencias de la Corte IDH. Por último, estableceré algunas conclusiones.

2. La relevancia del texto

En lo que sigue realizaré una breve reconstrucción de los argumentos de las autoras y buscaré dar razones de la importancia del texto que aquí se comenta.

2.1 Reconstrucción de argumentos

El artículo de Ghidoni y Morondo Taramundi plantea una revisión crítica de la literatura existente en materia de estereotipos, sobre todo en el ámbito del derecho antidiscriminatorio de fuente europea. Sostienen las autoras que, pese a la importancia de los estereotipos en la discusión sobre igualdad y discriminación, continúan siendo uno de los elementos “más elusivos del derecho y de las políticas de igualdad y antidiscriminatorias” (Ghidoni y Morondo Taramundi, 2022, Introducción). Así, buscan contribuir al desarrollo de la doctrina ofreciendo una revisión del papel de los estereotipos en el derecho antidiscriminatorio a través del análisis de la desigualdad que ofrece la teoría feminista o la crítica feminista al derecho antidiscriminatorio.

De esta manera, para conceptualizar los estereotipos, tras ilustrar los dos enfoques más habituales, el denominado *peyorativo* y el *cognitivo neutro*, adoptan una postura clara sobre el rol de los estereotipos como *justificadores del poder patriarcal*. Evalúan algunos de los límites de los enfoques clásicos para afrontar el fenómeno de la desigualdad estructural. En concreto, argumentan que los estereotipos como mecanismos cognitivos no tienen como objetivo la obtención de información y que su función no es neutra. Por esto, proponen caracterizar a los estereotipos por su función “*justificativa*”.

Así, se propone mover el foco hacia el funcionamiento de los estereotipos, con el fin de identificar los mecanismos que los caracterizan. Las autoras dan cuenta de las deficiencias de entender a los estereotipos en su conceptualización peyorativa o cognitiva neutra desde una concepción de igualdad estructural. En este sentido, sostienen que

no pueden ser examinados satisfactoriamente a través de un mecanismo (el derecho antidiscriminatorio liberal) que individualiza la discriminación entendiéndola como comportamientos individuales que producen un daño concreto a una persona en situación comparable a la de otra persona no perjudicada, sin que medie una justificación objetiva. Al intentar reconducir situaciones de discriminación estructural en este esquema, es muy probable que, o la comparación o la justificación, no permitan ver el daño del que es víctima la persona perjudicada (Ghidoni y Morondo Taramundi, 2022, Sección 3).

Sostienen además que no es posible, desde el feminismo, seguir entendiendo a los estereotipos como “un error de clasificación” (igualdad como no discriminación) sino que es necesario dar cuenta de las razones de la existencia de esos estereotipos (igualdad como no sometimiento). Así, los estereotipos aparecen ligados a la opresión, “son los mecanismos que justifican, naturalizan e invisibilizan esa condición de opresión” (Ghidoni y Morondo Taramundi, 2022, Sección 3), en este caso, la opresión que se ejerce contra un grupo en particular como son las mujeres. Desde la perspectiva de la crítica feminista del derecho antidiscriminatorio, se argumenta que la función de los estereotipos es *justificar las jerarquías de poder*.

Los estereotipos entonces son entendidos como

un mecanismo cognitivo, una imagen mental, cuya función principal no consiste en reducir la complejidad y proporcionar respuestas de reacción rápidas ante situaciones desconocidas o complicadas, sino proporcionar una narrativa que justifica, racionaliza o naturaliza ciertas estructuras de poder. La imagen mental del estereotipo condensa una serie de normas y explicaciones que justifican y naturalizan el orden de poder que expresan (Ghidoni y Morondo Taramundi, 2022, Sección 3).

Tienen, de esta manera, una función prescriptiva “no porque establezcan una norma ni atribuyan comportamientos. Lo que hace el estereotipo es crear una narrativa que justifica las normas y actitudes sociales que se basan en él” (Ghidoni y Morondo Taramundi, Sección 3). También justifican las conductas de los otros grupos respecto del grupo oprimido. De esta manera, sirven para invisibilizar relaciones jerárquicas de dominación y, además, consiguen que esa relación no sea cuestionada ni problematizada. Al contrario, permiten que la relación jerárquica se presente como un estado de cosas justificado.

Las autoras identifican también que los estereotipos en el derecho antidiscriminatorio tienen otra función relevante que es la función constitutiva. Así, “los estereotipos tendrían un papel fundamental en la construcción de identidades en los miembros de grupos estereotipados” (Ghidoni y Morondo Taramundi, 2022, Sección 3).

De esta manera, proponen que la lectura de los estereotipos no puede resolverse en el estudio de los efectos del “producto” ya determinado o conocido, sino que son la clave de acceso a los mecanismos que pretenden invisibilizar. Mirar el proceso de estereotipación (*stereotyping*) puede generar mejores avances en la argumentación y respuestas a los problemas de desigualdad compleja.

2.2. La importancia de pensar el vínculo entre estereotipos y desigualdad compleja (en otras palabras, la importancia del texto que comento)

El fundamento histórico del derecho antidiscriminatorio han sido las cláusulas que disponen la “igualdad ante la ley”. En este sentido, la igualdad se ha interpretado: a) comparativamente; b) en forma individual; c) como principio que exige dar razones, más o menos persuasivas, ante ciertas distinciones; d) siempre partiendo de la ficción de que todos somos iguales, es decir sin hacerse cargo de las situaciones de desventaja en las que se encuentran ciertos grupos (Ronconi, 2018; Clérico, Ronconi y Aldao, 2013; Coddou, 2018; Pou Giménez, 2021).

Esta es la forma en la que se han interpretado cláusulas como el art. 16 de la Constitución argentina, el art. 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, bajo la fórmula de igualdad como no “discriminación arbitraria”.¹ Una excepción a este principio de igualdad ante la ley lo constituyen, en ciertos ordenamientos jurídicos, aquellas cláusulas que protegen a “los trabajadores” que fueron incorporadas luego del movimiento del constitucionalismo social.² En particular, respecto a la situación de las mujeres, un gran avance en este sentido lo representa el art. 5 de la CEDAW (siglas en inglés de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer), que es

una norma jurídica única en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos en la lucha contra la discriminación sobre las mujeres (...). El objetivo de eliminar —no solo prohibir— la

¹ Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03 sobre migrantes indocumentados. Al respecto, Saba, 2016. Es posible identificar en la argumentación de la Corte IDH que en materia de igualdad y no discriminación no es lineal. Al respecto, Arena, 2019; Serrano Guzmán, 2021. En este sentido, aun teniendo en cuenta los avances argumentativos de, por ejemplo, la sentencia del caso “Atala vs. Chile”, la Corte habla de categorías prohibidas (remitiendo así a la concepción de igualdad como no discriminación arbitraria, pero haciendo una aplicación bien intensiva del examen de las alegaciones estatales). Así, podría sostenerse que el desarrollo es doble: por un lado, el de igualdad formal y por el otro de igualdad material o estructural (al respecto, v. Voto del Juez Ferrer Mac-Gregor en el Caso “Empleados Fábrica de Fuegos vs. Brasil”).

² Por ejemplo, el art. 14 bis en la Constitución argentina.

discriminación supone adoptar una visión comprehensiva de los obstáculos a la igualdad y de los efectos perjudiciales que esta impone (Añón, 2021, p. 33).

Sin embargo, desde un tiempo a esta parte, este principio de igualdad mostró su insuficiencia al identificarse que existen ciertos grupos que están sometidos a situaciones de dominación, por ejemplo, las mujeres víctimas del patriarcado. En este sentido, Moreau (2004) explica que los males que la discriminación genera no surgen de elementos que puedan compararse. De esta manera, la desigualdad estructural no puede reducirse a la comparación y a la argumentación, sino que implica que ante la existencia de grupos en situación de vulnerabilidad es necesario reconocer la estructura que genera la desigualdad (Timmer, 2011; Ronconi, 2018; Saba, 2016; Clérico, Ronconi y Aldao, 2013)

Así, se han incluido otras cláusulas constitucionales (como por ejemplo, el art. 75 inc. 23 en la Constitución argentina) o se han logrado interpretaciones superadoras del principio de igualdad como no discriminación.³ En este sentido, deben leerse en forma clara los avances que ha dado la Corte IDH, la que, si comparamos con algunos tribunales locales (como por ejemplo la CSJN argentina), ha sido mucho más innovadora en el entendimiento de qué implica la desigualdad compleja o estructural (Abramovich, 2009).

Para esto, entender el vínculo entre la situación de desigualdad de ciertos grupos, el rol de los estereotipos y el proceso de estereotipación resulta fundamental. No alcanza solo reconocer la existencia de grupos desaventajados, sino que, además, es necesario conocer las formas en que esos grupos se convierten en tales, como asimismo desarmar la forma en que generalizamos su situación.⁴ Los estereotipos manifiestan las causas

³ En este sentido, por ejemplo, la Convención Belem do Pará establece lo relativo a estereotipos de género en los art. 6.b y 8.b estableciendo el derecho de toda mujer a vivir una vida libre de violencias, que implica el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación.

⁴ En este sentido, en la doctrina se habla de derecho antisubordiscriminatorio. Al respecto, v. Barrére Unzueta y Morondo Taramundi (2011). Así se busca redefinir el concepto de

de la desventaja y discriminación estructural que padecen ciertos grupos (Timmer, 2011, p. 708). En este sentido, sostiene Añón que

el feminismo —también el feminismo jurídico— propone, como es sabido, eliminar la subordinación y hacerlo desde sus raíces; esto es, tratando de dismantelar, en un sentido crítico y emancipatorio, sus condiciones de posibilidad que suelen mantenerse ocultas o invisibles (2021, p. 32).

El contexto de profunda desigualdad económica y social y, a su vez, la persistencia de discriminación histórica contra muchas poblaciones, ha llevado a la Corte IDH a realizar una *interpretación sustantiva* de los artículos 1.1. y 24 de la CADH. En este sentido, sostienen Bórquez y Clérico que

la Corte IDH amplió para ello su caja de herramientas, extendiendo el enfoque de igualdad a la concepción material para vislumbrar la asimetría estructural, la situación de vulnerabilidad, lo interseccional y diferenciado, en la que viven o son puestas ciertas poblaciones (2021, p. 4),

sin que esto implique que haya desarrollado una metodología definitiva al respecto (Serrano Guzmán, 2021).

Por esto, el texto que aquí se presenta resulta fundamental. Identificar que los estereotipos son herramientas que justifican el poder patriarcal es clave para poder cuestionarlos y para saber cómo y desde dónde hacerlo en pos de garantizar condiciones de igualdad sustantiva.

3. El análisis desde la jurisprudencia interamericana

La caracterización de los estereotipos desde su rol “justificativo” es bien potente. Permite dar cuenta de los procesos que crean y sostienen esos estereotipos. En particular, proponen las autoras el análisis de su funcionamiento a través de tres elementos clave que definen al patriarcado

discriminación “hasta dar cabida en el mismo a la idea de opresión intergrupal o, si se quiere, (...) de ‘poder sobre’ (2011, p.17)”.

como sistema de poder: la *serialización*, la *heterodesignación* y finalmente la *interseccionalidad*, haciendo referencia a los enfoques doctrinarios y a la jurisprudencia de dos Cortes europeas (TEDH y TJUE). En este sentido, entiendo, que esta conceptualización puede ser trasladada a ciertos casos resueltos por la Corte IDH, pues este tribunal desde hace algunos años viene desarrollando elementos para trabajar estereotipos desde una mirada igualitaria robusta que también dé cuenta de su rol justificativo de las estructuras de poder, en particular, del poder patriarcal.

En este punto, es necesario sostener que la lectura de las sentencias de la Corte IDH parecen mostrar un avance, una progresividad en el desarrollo y conceptualización de los estereotipos.⁵ En este caso, me limitaré a trabajar con algunas sentencias que a mi entender muestran en claro la argumentación que desarrollan Ghidoni y Morondo Taramundi y que, también, identifican otros elementos que permiten robustecer el entendimiento de los estereotipos como “justificativos”.

a) *Serialización*:

Las autoras definen la serialización como la caracterización de las mujeres como “idénticas”. Esta identidad genera la indiscernibilidad de las mujeres como sujetos y es quizás la característica más clásica del patriarcado que se une con los estereotipos. Así, los estereotipos son como planchas de impresión que niegan la individualidad. Este análisis puede ser trabajado con el caso “González y otras —Campo Algodonero— vs. México” (en adelante, Campo Algodonero) resuelto por la Corte IDH.

En este caso, que es la primera vez donde la Corte habla de estereotipos y de las obligaciones del Estado de erradicarlos, se condenó al Estado mexicano por el incumplimiento de los deberes de prevención e investigación (por no garantizar debida diligencia al momento de la investigación de los hechos) de la desaparición a plena luz del día y muerte de tres mujeres “de origen humilde”, dos de ellas eran niñas en Ciudad Juárez, en un contexto de extrema vulnerabilidad (volveré sobre este punto más adelante). Clau-

⁵ Para conocer un mapa de ruta sobre los avances de la Corte IDH, v. Fernández Valle, 2020. Asimismo, Borquéz y Clérico, 2021.

dia tenía veintiún años y era trabajadora de una maquila, el día en el que desapareció se le impidió la entrada a la maquila por haber llegado unos minutos tarde; Laura tenía diecisiete años y era estudiante de quinto año de la preparatoria, la última noticia que se tuvo de ella consistía en una llamada telefónica a una amiga en la que le avisaba que estaba lista para ir a una fiesta; Esmeralda tenía quince años, había estudiado hasta tercer año del secundario y trabajaba como empleada doméstica; desapareció luego de haber salido de su lugar de trabajo (cons. 165-168).

Los familiares de las mujeres desaparecidas realizaron inmediatamente las denuncias de la desaparición, sin embargo, los agentes policiales dilataron la investigación del paradero de las mujeres. Para esto, sostenían que “las víctimas eran voladas” o que “se fueron con el novio” (cons. 400). Tiempo después sus cuerpos fueron encontrados en un baldío conocido como “Campo Algodonero” con señales de haber sufrido gran ensañamiento y violencia sexual (partes de sus cuerpos fueron mutilados).

Aquí se identifica claramente el proceso de serialización que señalan las autoras. Se “cataloga” a las muchachas como unas “voladas”, que estaban de festejos por allí, que se fueron con sus novios; la aplicación de esta “plancha” llevó a que la policía no escuchara las manifestaciones de los familiares denunciantes y no procediera de inmediato a la búsqueda de las mujeres desaparecidas. La serialización convierte a un sujeto, en este caso las mujeres desaparecidas y asesinadas en Ciudad Juárez, en un objeto seriado, idéntico a otro que puede reproducirse (en el sentido, que un caso similar sería tratado igual, como de hecho sucedió en el caso con cada uno de los familiares denunciantes) manteniendo las mismas características. La Corte identifica eso al sostener que

los comentarios efectuados por funcionarios en el sentido de que las víctimas se habrían ido con su novio o que tendrían una vida reprochable y la utilización de preguntas en torno a la preferencia sexual de las víctimas constituyen estereotipos. De otra parte, tanto las actitudes como las declaraciones de los funcionarios demuestran que existía, por lo menos, indiferencia hacia los familiares de las víctimas y sus denuncias (cons. 208).

De esta manera, podemos ver con “Campo Algodonero” como esta variable de análisis aparece presente en la argumentación de la Corte. Volveré sobre este caso más adelante para trabajar el “contexto”.

b) Heterodesignación

Se pregunta por *quién puede estereotipar y para qué*. En este caso, son los hombres quienes realizan estas generalizaciones sobre las mujeres. Así, “las mujeres no escogen su espacio, porque están serializadas como idénticas, a través de unas generalizaciones impuestas sobre ellas (heterodesignadas) que las segregan en lo doméstico/privado” (Ghidoni y Morondo Taramundi, 2022, Sección 4.2). Estos atributos son definidos por el patriarcado y la mujer es vista como (buena) madre, esposa, ama de casa, cuidadora, niñas de su hogar, entre otras. En este sentido, en “Campo Algodonero” aparece claro esta heterodesignación. Las mujeres jóvenes “son unas voladas”, “salieron con sus novios”, entonces no merecen la atención de las autoridades estatales encargadas de la búsqueda e investigación, pues no encajan con el estereotipo de buena madre, esposa o hija. Además, “el argumento de la libre elección suele aparecer a menudo como justificación de las desigualdades basadas en género, pero recuperar la heterodesignación puede desactivarlo” (Ghidoni y Morondo Taramundi, 2022, Sección 4.2). En particular, en el caso, se traslada la responsabilidad a las víctimas, ellas fueron las que eligieron salir, “estar en la calle”. No se pregunta por la situación estructural de violencia en la que los hechos del caso ocurren. Volveré sobre esto en el punto 4 de este trabajo.

Lo mismo aparece en el caso “Atala vs. Chile” en el cual el estado chileno fue condenado por el retiro de la tuición de tres niñas a su madre por ser lesbiana. A Karen Atala (la madre) no se le retira la tuición de sus hijas por un daño concreto sufrido por las niñas, sino por pertenecer a un determinado grupo (constituido por las personas que tienen parejas de su mismo sexo). Entonces, queda claro que la medida tiene fundamento en la orientación sexual de Atala. La Corte IDH resalta que este acto se relacionó con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales. En particular, en lo que hace al estereotipo de las mujeres como “buenas madres” la heterodesig-

nación aparece cuando se le exige a Atala no manifestar sus sentimientos y orientación sexual, sino poner en primer lugar el “bienestar” de las niñas. De nuevo, en la generalización las mujeres no son lesbianas, sino que deben formar parejas con varones y de allí se desprenden los otros atributos buena madre y esposa, entre otros. Se muestra la orientación sexual como una libre elección de la mujer. No se le dice que no puede ser lesbiana, sino que se la condena por esta situación con el retiro de la tenencia de sus hijas.

Por último, sostienen las autoras que

contrariamente al enfoque neutro, el mecanismo de la heterodesignación apunta a la asimetría del estereotipo, reafirmando así su vinculación con el poder y su función de conservar el sistema de opresión (...) Quienes son reconocidos como individuos autónomos no pueden sufrir la serialización. Eso no quiere decir que los hombres no estén afectados: lo están, en la medida en que actúan en contra del estereotipo de género, rechazando su privilegio y poniendo en riesgo la jerarquía, pero el estereotipo no está constitutivamente diseñado para dañarlos (Ghidoni y Morondo Taramundi, 2022, Sección 4.2).

Esto queda claro, cuando se analiza el caso “Fornerón vs. Argentina” de la Corte IDH. En este caso, se resolvió la condena al Estado argentino por la entrega de una niña en guarda y posterior adopción a una pareja pese a la oposición y sustantivos reclamos de parte de su padre biológico. En el caso, el carácter heterodesignado de los atributos estereotipados puede observarse cuando a los pocos días de nacida la niña, cuya tenencia reclamaba su padre biológico, un tribunal de la provincia de Entre Ríos le negó la entrega ya que el reclamante “no se encontraba casado” y esto privaría a la niña de “tener una madre lo cual “[añadiría] un [...] elemento que perjudicaría a su salud mental y seguramente física” (cons. 91). Aquí aparece esta dualidad de los estereotipos, por un lado, negando la posibilidad de su crianza al hombre por ser tal y, además, reforzando los estereotipos respecto de las mujeres como las únicas posibles cuidadoras.⁶ La Corte asume esto al reconocer, con referencia al caso “Atala” que

⁶ En un sentido similar, puede ser leído el caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (2018).

la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. 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 (cons. 50).

De esta manera, es posible ver como “los estereotipos ayudan a mantener jerarquías sociales que distribuyen el poder, las oportunidades y las cargas sociales. Y es ahí en donde reside su potencial dañino”. Así, romper con la heterodesignación implica en palabras de Borquez y Clérico

mantener una alerta constante para no incurrir en el uso de estereotipos en la propia argumentación. Entonces, es imprescindible también estar alerta de cómo la posición en la que nos encontramos puede también nublar nuestra vista acerca de lo que nos toca evaluar y que nada debería tener que ver con la resolución del caso. Se trata de salir del centro (2021, p. 12).

c) Interseccionalidad

La interseccionalidad es tomada aquí como “una herramienta analítica de la interacción de los sistemas de poder” (Ghidoni y Morondo Taramundi, 2022, Sección 4.3). Busca dar cuenta de cómo muchas veces solo se identifica una causa de opresión y se dejan de lado otras “produciendo un efecto de invisibilización que obstaculiza un análisis completo y protege las jerarquías” (Ghidoni y Morondo Taramundi, 2022, Sección 4.3). Los estereotipos de género son complejos (“fortalecimiento mutuo”) y permiten además comprender en forma insuficiente los ejes del poder patriarcal (“ocultamiento recíproco”).

En este sentido, en las sentencias paradigmáticas analizadas hasta aquí (“Campo Algodonero”, “Atala” y “Fornerón”) la Corte no habla de interseccionalidad dejando de lado el análisis sobre cómo se fortalecen y se ocultan los ejes del poder. En “Campo Algodonero” las mujeres no solo se veían insertas en estructuras de poder patriarcal por ser mujeres, sino también por la situación económica que atravesaban. Ellas eran las nuevas jefas de hogar en esa sociedad desigual en la que vivían, ellas eran las que trabajaban en las maquilas. Esto representaba, por un lado, que las mujeres eran las que tenían un sueldo, pero, a su vez, ese sueldo era sumamente bajo, lo que llevaba a una vida en condiciones de pobreza. No solo eran mujeres, eran además cabeza de familia y pobres. Esta interacción no es analizada por la Corte.⁷

En el caso Fornerón, el estereotipo no solo opera porque se trataba de un varón en busca de hacerse cargo de las tareas de cuidado, tareas impuestas a las mujeres, sino que además era un varón pobre. Carecía de un trabajo formal. La Corte de nuevo pasa por alto esta interacción, aun cuando reconoce que la vulneración del derecho se produce por la situación de pobreza en la que se encontraba Fornerón, no las analiza como causas interseccionadas.

El giro en la argumentación de la Corte, en este sentido, aparece en el caso “González Lluy vs. Ecuador” en el cual habla de interseccionalidad en su faz de “fortalecimiento mutuo” y esta es definida como la confluencia “en forma interseccional de múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación” (cons. 290).

En el caso se discutía la discriminación que había padecido la niña Talía González Lluy, y su familia, por ser portadora de HIV, virus que contrajo luego de una transfusión sanguínea cuando era muy pequeña (tres años de edad). Frente a esta situación y ante la imposibilidad de obtener medicamentos de parte del Estado su madre se vio obligada a vender todo lo que tenía y perdió su trabajo. En lo que se refiere a la situación de discriminación, Talía y su familia padecieron violaciones en su derecho a la vivienda, salud y educación. A raíz de que la causa tomó estado público la familia no conseguía lugar donde hospedarse, debían trasladarse por muchas horas para llegar al establecimiento de salud y/o a la escuela. En

⁷ Al respecto, se sugiere el interesante análisis de Clérico y Novelli, 2015.

todos estos lugares las discriminaciones eran constantes, hasta tal punto que Talía solo pudo continuar sus estudios gracias a la buena voluntad de algunos/as directores/as de escuelas que negaban su presencia ante las autoridades. La niña fue expulsada de la escuela (y rechazada por otras) por el presunto peligro que generaba para sus compañeros (cons. 139). Sin embargo, este riesgo no fue demostrado. La Corte reconoce que en este caso los factores de discriminación estaban asociados a la condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. Así,

la discriminación ... no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente (cons. 190).

En este punto, entiendo que si bien los desarrollos de la Corte IDH han sido contundentes en cuanto a la inclusión del análisis de estereotipos y de verlos como “causa” y “consecuencia” de la discriminación; los referidos a la inclusión de la interseccionalidad han sido más tardíos y aún con dificultades en el abordaje de los “estereotipos combinados”.⁸ En particular, retoma el vínculo entre pobreza y mujeres afrodescendientes en el caso “Trabajadores de la Fábrica de Fuegos” que retomaré en lo que sigue. De esta manera, deja en claro que cuando la Corte habla de mujeres parece no meter a todas en la misma bolsa argumentativa, sino que busca identificar las particularidades del grupo afectado, es decir busca romper con la serialización y heterodesignación.

4. Algunos vacíos: dudas y preguntas

Queda claro a partir del trabajo comentado que los estereotipos ocultan el patriarcado y permiten justificarlo, por eso es importante su identificación y deconstrucción. Sin embargo, es necesario considerar, a mi entender, además de las categorías traídas por las autoras al menos otras dos cuestiones: el *contexto* y los *remedios*.

⁸ Al respecto, v. Cook, Cusack, 2010; Bórquez y Clérico, 2021.

a) Es importante analizar el *contexto* en el que se inserta el proceso de estereotipación. Sigo en este punto la postura de Nancy Fraser (1997) considerando que los problemas de justicia de género no se encuentran sólo en el reconocimiento deficitario, sino también de una distribución desigualitaria (redistribución- reconocimiento).

Para esto es necesario identificar que la desigualdad, en muchos casos, no es puntual ni aislada, sino que se inserta en estructuras de subordinación u opresión. En este sentido,

la autonomía adquiere un mayor protagonismo en la medida en que se considera fundamental poner de manifiesto su trasfondo contextual y relaciona[1], porque la autonomía es relacional, los procesos sociales vinculados a la recursividad entre lo público-privado (...); en definitiva, las realidades en las que las mujeres deciden (Añón, 2021, p. 32).

El análisis del contexto cobra mucha relevancia a fin de conocer el proceso donde se originan y se desarrollan los estereotipos. Resulta necesario “mapear” ese contexto e incluso identificar frente a que tipo de “estereotipo” nos encontramos.

En este sentido, en el caso “Campo Algodonero” el análisis del contexto aparece, pero opacado. Así, sostienen Clérico y Novelli (2015) que si bien la Corte IDH aplicó una concepción de desigualdad estructural centrada en factores culturales para explicar la discriminación sistemática y de violencia generalizada contra las mujeres, jóvenes, trabajadoras/estudiantes, pobres, migrantes, de Ciudad Juárez, este análisis es insuficiente, pues invisibiliza la desigualdad de género por condición económica-social (*falta de redistribución*). En este sentido,

para la Corte estas muertes se concretaron en un contexto de violencia hacia las mujeres que, incluso, fue admitido por el Estado. Advierte que estos homicidios tienen en común su falta de esclarecimiento y las irregularidades observadas en las investigaciones respectivas lo que ha dado lugar a un clima de impunidad y de tolerancia por parte del Estado a la violencia cometida contra las mujeres en razón de su género (Clérico y Novelli, 2015, p. 461).

De esta manera, y como ya sostuve, la Corte visibiliza los estereotipos en cuanto al proceso de serialización y heterodesignación basada principalmente en lo cultural, desacoplando como el género también impacta en el acceso al mundo de trabajo, en las condiciones de explotación, etc. Deja de lado otros factores que causan la desigualdad y que hacen al proceso de estereotipación, por ejemplo, el contexto socioeconómico donde se origina el caso.

Así, “la hipótesis de trabajo de la Corte IDH es que las causas de este contexto se refieren al patrón cultural dominante del patriarcado” invisibilizando las otras causas de ese contexto (Clérico y Novelli, 2015, p. 458). Me refiero a la situación económica y de pobreza en la que vivían estas mujeres y que era producto del trabajo de las maquilas. Por un lado, se habían convertido en jefas de hogar (con el impacto que esto tiene en el estereotipo de las mujeres cuidadoras/los varones proveedores) y, por otro, el trabajo en las maquilas representaba grandes abusos respecto de los horarios, la paga que recibían, los controles a las que eran sometidas (por ejemplo, de embarazo; o restricciones para ir al baño). La cuestión socioeconómica es opacada por la Corte. El análisis del contexto requiere no solo tomar en cuenta la situación de dominación cultural sino también económica y principalmente entender cómo se conjugan.

Muchos años más tarde, en el caso “Empleados de la Fábrica de Fuegos vs. Brasil” la Corte toma fuertemente el análisis del contexto en el que se originaron las explosiones y posterior muerte de, principalmente, mujeres. En el caso Brasil fue encontrado responsable por violaciones a diversos derechos en perjuicio de sesenta personas fallecidas (cuarenta mujeres y diecinueve niñas) y seis heridas en la explosión en una fábrica de fuegos artificiales en el municipio de Santo Antônio de Jesús, estado de Bahía, así como de cien familiares de las personas fallecidas y sobrevivientes ala explosión.⁹ La Corte aquí considera principalmente la condición de pobreza en que se encontraba la población del municipio. Sostuvo que

⁹ Sotiene Clérico que es posible identificar que el primer problema que enfrenta la Corte es la denominación del caso. Es claro que deberían ser “Empleadas” ya que salvo un varón el resto de las víctimas fueron mujeres. De esta manera, es interesante el análisis de este punto desde la heterodesignación (Conferencia en la UBA, 2021).

encuentra que la situación de pobreza de las... víctimas, aunada a los factores interseccionales de discriminación... que agravaban la condición de vulnerabilidad, (i) facilitó la instalación y funcionamiento de una fábrica dedicada a una actividad especialmente peligrosa, sin fiscalización ni de la actividad peligrosa, ni de las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo por parte del Estado; y (ii) llevó a las presuntas víctimas a aceptar un trabajo que ponía en riesgo su vida e integridad y la de sus hijas e hijos menores de edad. Además, (iii) el Estado no adoptó medidas dirigidas a garantizar la igualdad material en el derecho al trabajo respecto de un grupo de mujeres en situación de marginación y discriminación (cons. 203).

Así, reconoce que el Estado, al permitir la instalación y funcionamiento de la fábrica de fuegos en una zona en la que una parte sustancial de la población es vulnerable, tenía una obligación reforzada de fiscalizar las condiciones de funcionamiento de las instalaciones y de garantizar que efectivamente se adoptaran medidas para la protección de la vida y la salud de las trabajadoras y para garantizar su derecho a la igualdad material. Aquí entonces aparece muy fuerte el argumento de la desigualdad socioeconómica (contexto), también aparece en forma muy robusta el argumento de la interseccionalidad (mujeres afrodescendientes en condiciones de pobreza)¹⁰ pero, sin embargo, a mi entender, aparece opacado el argumento de la serialización y la heterodesignación. La Corte no analiza en profundidad la desigualdad por falta o insuficiente reconocimiento. Es decir, la Corte analiza en forma suficiente la cuestión de la situación económica que atravesaban las empleadas de la fábrica de fuegos, pero no desarrolla en profundidad en el análisis de los estereotipos la situación de ser mujeres, madres solteras, jefas de hogar y niñas, muchas embarazadas, que trabajaban allí (cons. 197-198). Así, opacó trabajar el impacto que la serialización y la herterodesignación tenían en el contexto específico de las mujeres que trabajaban en la fábrica.¹¹

¹⁰ Incluso, es posible hablar allí de la existencia un estereotipo combinado, aún cuando la Corte no lo refiere expresamente

¹¹ Esto puede verse también en los remedios. La Corte no se refiere por ejemplo a las obligaciones del Estado en términos de establecer un sistema de cuidados, que les permitieran a las mujeres trabajadoras no tener que llevar a niños y niñas a las fábricas, ni de las obliga-

De este modo, el análisis del contexto nos permite visualizar, desde el derecho antidiscriminatorio, que ya no es posible la comparación (igualdad como no discriminación), ni es posible la ponderación, sino que ante la situación de desventaja de un grupo respecto del cual recaen estereotipos que justifican una situación de dominación, se presume que el Estado no realizó acciones para garantizar condiciones de igualdad y se le impone la carga de la argumentación. De esta manera, la discriminación debe presumirse (igualdad como no sometimiento) (Timmer, 2011, p. 724).

b) Otra cuestión que es interesante analizar cuando identificamos a los estereotipos como justificativos del poder patriarcal se vincula con la forma en que son entendidos los casos y las reparaciones, esto es, una buena argumentación en el entendimiento del estereotipo se debe reflejar también en la forma en que el caso se *resuelve* y en los *remedios* que se ordenan (Pou Giménez, 2015).

Reconocer la existencia de una desigualdad estructural interseccional (compleja) implica asumir no solo la argumentación con la que se miran los casos sino también los remedios judiciales brindados. En este sentido, cuando se identifica un proceso de estereotipación, que deja en claro cuestiones vinculadas a procesos de serialización, heterodesignación, interseccionalidad en un contexto de desigualdad económica y simbólica, es necesario que los remedios den cuenta también de esto. Las obligaciones estatales no pueden limitarse a una reparación, ni a atender a las víctimas en concreto, sino que deben ir más allá y buscar desarmar esos estereotipos y procesos. Los remedios deben apuntar a erradicar los estereotipos o en forma más general, también, los procesos que dan lugar a los mismos. Lo importante es resaltar que no alcanza con identificar, visibilizar y desmantelar los estereotipos, se requieren además medidas que transformen la situación que los siguen reproduciendo.¹²

ciones de crear y sostener escuelas para que niños y niñas permanezcan allí y puedan salir del contexto de pobreza, entre otros.

¹² Por eso el énfasis de la CEDAW en las medidas transformadoras que identifiquen las causas estructurales pero que a su vez se realicen acciones para mejorar las posiciones de facto de las mujeres (Recomendación General Nro. 28 CEDAW).

En las sentencias aquí trabajadas de la Corte IDH es posible verificar avances en la adopción de remedios estructurales. En este sentido, se ha ordenado, entre otras medidas, la capacitación a funcionarios públicos y población en general, la adecuación de leyes contra la discriminación, la creación de protocolos para atender casos de desapariciones de mujeres, el diseñar y ejecutar programas de desarrollo socioeconómico en coordinación con las víctimas y sus representantes y la implementación por parte de las empresas de actividades educativas en derechos humanos. Sin embargo, la implementación de remedios estructurales es más difícil cuando se trata de casos individuales en el ámbito local.¹³

El análisis del contexto y especialmente de los remedios queda pendiente en el trabajo de Ghidoni y Morondo Taramundi, ellas no se refieren a la forma de erradicación de estereotipos. En parte esto no es casual, la jurisprudencia con la que trabajan no se caracteriza por elaborar reparaciones con vocación transformadora (característica de la Corte IDH).

5. Conclusiones

A lo largo de este comentario busqué mostrar lo oportuno y relevante del trabajo de Elena Ghidoni y Dolores Morondo Taramundi, en especial para reforzar la mirada estructural de la desigualdad, como asimismo deconstruir sus causas. Utilicé diversas sentencias de la Corte IDH a fin de mostrar el uso de los estereotipos como justificativos, conforme lo desarrollado por las autoras.

Asimismo, consideré oportuno agregar otras categorías de análisis al texto bajo comentario, como son el contexto y los remedios. En este sentido, sostuve que la Corte IDH ha avanzado hacia una mayor rigurosidad en su análisis al considerar no solo los estereotipos existentes en un determinado caso, sino también el contexto en el que se producen, tanto desde una mirada de reconocimiento como de redistribución en términos de Fraser. En lo que respecta a los remedios, mostré que en las sentencias de la Corte IDH es posi-

ble visibilizar medidas reparatorias y de no repetición que buscan erradicar los estereotipos en los poderes judiciales y otras autoridades.

De esta manera, considero que las cinco categorías aquí trabajadas (la serialización, la heterodesignación y la interseccionalidad, aportadas por Ghidoni y Morondo Taramundi; junto al contexto y los remedios, que aquí se ha propuesto agregar) deben ser tomadas en serio a la hora de erradicar estereotipos en la argumentación jurídica para poder hacer efectivo el mandato de igualdad robusta.

Bibliografía

- Abramovich, V. (2009). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *SUR*, V.6, Nro. 11, 7-39.
- Añón Roig, M. (2021). Transformaciones en el derecho antidiscriminatorio: avances frente a la subordinación. *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Número 26, junio 2021 – noviembre 2021, Buenos Aires, Argentina, 29-53.
- Arena, F.J. (2019). Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos. En Bouvier, H. y Arena, F. (dir.) *Risso, V. y Pezzano, S. (ed.) Derecho y Control (2)* (pp. 11-43). Córdoba: Ferreyra Editor.
- Barrére Unzueta, M. y Morondo Taramundi, D. (2011). Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 15-42.
- Bórquez, N. y Clérico, L. (2021). Una vuelta de tuerca al análisis de estereotipo: estereotipo combinado. *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Número 26, junio 2021 – noviembre 2021, Buenos Aires, Argentina, 1-28.
- Clérico, L. (2018). Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad. *Revista Derecho del Estado*, 41, 67-96. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest>
- Clérico, L. y Novelli, C. (2015). La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir “Campo Algodonero”.

- Revista de Ciencias Sociales*, Volumen monográfico extraordinario sobre los Derechos Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, 453-487.
- Clérico, L., Ronconi, L. y Aldao, M. (2013). Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento. *Direito GV Law Review* (17), 115-170.
- Coddou Mc Manus, A. (2018). *A Transformative Approach to Anti-Discrimination Law in Latin America*. Doctoral thesis (Ph.D). University College London, Londres. Disponible en <https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10064268/>
- Cook, R. y Cusack, S. (2020). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Fernández Valle, M. (2020). Las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana. En Alvarez Medina, S. y Bergallo, P. (coord.) *Violencias contra las mujeres. Relaciones en contexto*, (pp. 297-332). Ciudad de Buenos Aires: Ediciones DIDOT- Red ALAS.
- Fraser, N. (1997). *Iustitia Interrupta*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores/ Universidad de los Andes.
- Ghidoni, E. y Morondo Taramundi, D. (2022). El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio, *Discusiones*, 28(1).
- Moreau, S. (2004). The Wrongs of Unequal Treatment. *University of Toronto Law Journal*, Vol. 54, Nro. 3 (Summer), University of Toronto Press, 291-326.
- Pou Giménez, F. (2015). Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral. *Discusiones*, 16, 147-188.
- Pou Giménez, F. (2021). Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte. En Ibarra Olguín, A. (coord.) *Discriminación: piezas para armar*, (pp. 323-381). Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Puga, M. (2022). Discriminación durante la presidencia de Lorenzetti (2007 a 2018). En Arballo, G. (ed.), *La Corte Lorenzetti*, Colección Gaido, P.; Clérico, L. (Dir.) *La Corte y sus Presidencias*, Adhoc, Buenos Aires (en edición).

- Puga, M. (2013). Litigio Estructural. *Tesis Doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la UBA*. Buenos Aires. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga
- Ronconi, L. (2018). *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Serrano Guzmán, S. (2021). La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH Avances y retos pendientes. En Ibarra Olgúin, A. (coord.) *Discriminación: piezas para armar*, (pp. 271-322). Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Timmer, A. (2011). Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 11 (4), 707-738.

Fallos

- Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de Febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus Familiares Vs. Brasil, Sentencia de 15 de Julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina, Sentencia de 27 de Abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Caso Gonzales Lluy y Otros Vs. Ecuador, Sentencia de 1 de Septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Sentencia de 16 de Noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Caso Ramírez Escobar y Otros Vs. Guatemala, Sentencia de 9 de Marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”.

Otros

CEDAW, Recomendación general N° 28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [CEDAW/C/GC/28/Corr.1], Disponible en: https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html#GEN28

Análisis contextual, interseccionalidad y función justificativa de los estereotipos en el derecho: una réplica

Contextual Analysis, Intersectionality and Justificatory Function of Stereotypes in Law: A reply

Elena Ghidoni*

Dolores Morondo Taramundi**

Recepción: 11/04/2022

Evaluación: 18/04/2022

Aceptación final: 19/05/2022

Resumen: En esta réplica presentamos una respuesta a los comentarios de Lourdes Peroni y Liliana Ronconi, sobre nuestro texto “El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio”. Ante todo, intentaremos exponer nuestras consideraciones acerca del análisis contextual, a menudo mencionado por la literatura como elemento clave de un eficaz análisis anti-estereotipo. Intentaremos problematizar —que no demonizar— este concepto, con el propósito de generar más claridad conceptual y realzar la capacidad explicativa del concepto de patriarcado, herramienta imprescindible en el abordaje de los mecanismos de opresión desde nuestro posicionamiento teórico. Vinculado al concepto de patriarcado, trataremos de especificar las aportaciones de la interseccionalidad estructural que resultan funcionales para entender los estereotipos. Finalmente, aprovechamos esta

* Doctora en Derechos Humanos. Universidad de Deusto, Bilbao, España. Investigadora postdoctoral del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, Bilbao, España. Correo electrónico: elena.ghidoni@deusto.es.

** Doctora en Derecho. Instituto Universitario Europeo, Fiesole, Italia. Investigadora del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, Bilbao, España. Correo electrónico: dolores.morondo@deusto.es.

oportunidad para profundizar aún más en el argumento principal de nuestra contribución, que es la función justificativa de los estereotipos.

Palabras clave: Análisis contextual, interseccionalidad, estereotipos

Abstract: In this reply we present a response to Lourdes Peroni and Liliana Ronconi's comments on our text "The role of stereotypes in the forms of complex inequality: some insights from the feminist critique of anti-discrimination law". First of all, we will try to expose our considerations about contextual analysis, often mentioned in the literature as a key element of an effective anti-stereotyping analysis. We will try to problematize —not demonize— this concept, in order to generate more conceptual clarity and enhance the explanatory capacity of the concept of patriarchy, an essential tool in the approach to the mechanisms of oppression from our theoretical position. Linked to the concept of patriarchy, we will try to specify the contributions of structural intersectionality that are functional to understand stereotypes. Finally, we take this opportunity to further deepen the main argument of our contribution, which is the justifying function of stereotypes.

Keywords: Contextual analysis, intersectionality, stereotyping

1. Introducción

En esta réplica presentamos una respuesta a los comentarios de Lourdes Peroni y Liliana Ronconi, sobre nuestro texto "El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio". Ante todo, queremos agradecer la lectura atenta y la consideración detallada que han prestado a nuestra propuesta.

La réplica está estructurada en torno a los tres principales nudos problemáticos que plantean los comentarios de Peroni y Ronconi. Sus textos contienen otras solicitudes para continuar la investigación, como la invitación a desarrollar indicaciones operativas, que no abordaremos en detalle en esta sede por motivos tanto de espacio como de calidad de la respuesta, que requeriría un estudio ulterior más amplio. Esperamos tener en el futuro ocasiones para continuar esta discusión.

El primer punto que será abordado es el relativo al análisis contextual y a nuestra crítica de esta idea o este “método” del análisis anti-estereotipo. Nuestra propuesta contiene una crítica al análisis contextual, a menudo mencionado por la literatura como elemento clave para un eficaz abordaje anti-estereotipo. Intentaremos problematizar —que no demonizar— este concepto, con el propósito de ganar claridad conceptual y reposicionar el concepto de patriarcado, herramienta imprescindible desde nuestro posicionamiento teórico para el abordaje de los mecanismos de opresión.

Vinculado al concepto de patriarcado, en el segundo punto, trataremos de especificar las aportaciones de la interseccionalidad estructural que, en nuestra opinión, resultan necesarias para entender los estereotipos.

Finalmente, aprovechamos esta oportunidad para profundizar aún más el argumento principal de nuestra contribución: la función justificativa de los estereotipos.

La propuesta de articular una *discusión* acerca del abordaje jurídico de los estereotipos nos parece especialmente interesante, ya que la doctrina en este campo suele ser bastante homogénea y aún no se han presentado planteamientos críticos o intentos para delimitar el concepto de estereotipo (por ejemplo, en relación a otros conceptos cercanos como el prejuicio o el estigma) en el campo del derecho. En efecto, el debate jurídico sobre los estereotipos está ampliamente influenciado por los estudios de psicología y las definiciones que se dan dentro de esta disciplina. Si bien la interdisciplinariedad constituye un valor añadido, es necesario que se desarrollen conceptualizaciones del estereotipo específicas para el derecho y que se articulen en detalle sus implicaciones en el razonamiento jurídico. Por esto, aprovechamos esta oportunidad y trataremos de desarrollar algunas críticas y dudas para avanzar en la comprensión jurídica de los estereotipos.

2. El análisis contextual: apuntes críticos para afinar una herramienta útil

El análisis contextual se ha convertido en una de las herramientas metodológicas más comúnmente invocadas como imprescindible en el abordaje de los estereotipos en el derecho, en sentido amplio, y sobre todo en el razona-

miento judicial. Más en general, las llamadas a contextualizar son comunes dentro de la doctrina *mainstream* del derecho antidiscriminatorio y suelen acompañar a las concepciones sustantivas de la igualdad (Arnardottir, 2014).

Como afirma Ronconi “el análisis del contexto cobra mucha relevancia a fin de conocer el proceso donde se originan y se desarrollan los estereotipos” (p. 13). A raíz de esto, la autora señala la ausencia del contexto entre las categorías que utilizamos en nuestra propuesta de análisis de los estereotipos (p. 12). Efectivamente, en nuestra propuesta el contexto, aunque no está ausente, no juega el papel metodológico relevante que le atribuyen otros enfoques. En nuestro texto adoptamos una postura crítica hacia el análisis contextual no del todo explicitada. En este apartado, aprovecharemos la oportunidad para desarrollarla con más detenimiento, explicando las razones de esta postura, que pueden además arrojar luz sobre algunos elementos clave de nuestra propuesta.

Si bien es cierto que el análisis contextual se ha convertido en una herramienta imprescindible para acercarse al fenómeno de la discriminación/opresión, no resulta fácil encontrar una definición consensuada de qué significa “contexto” y “contextual” en los estudios sobre estereotipos que lo mencionan; más bien, se asume un significado homogéneo, soslayando la inestabilidad del concepto.

Haciendo una pequeña genealogía del significado del término, resulta que, en el debate filosófico sobre modelos de decisión, juzgar “en contexto” ha llegado a tener múltiples significados. Como bien señalaban Minow y Spelman (1990, pp. 1602-1603) es posible encontrar tres significados diferentes de “contexto” en los debates teóricos. El contexto alude, en primer lugar, a la situación social e histórica del legislador de una época determinada, y en segundo lugar, a las claves interpretativas de quien lee un texto jurídico, como sujeto situado. En tercer lugar, el contexto hace referencia a la importancia de apreciar las particularidades del caso individual para una solución más justa. Las mismas autoras hacen hincapié en que a menudo la contextualización se entiende como una operación contraria a la abstracción, estableciéndose así una dicotomía jerárquica entre las dos.¹ Sin

¹ Esta postura la comparten también teóricas feministas como Matsuda (1986) y Fenton (1998).

embargo, lo que algunas teóricas feministas han señalado es que no se trata de operaciones excluyentes, sino interdependientes, ya que la contextualización está basada en formas de generalización: “hechos concretos cobran significado sólo si representan aspectos generalizables de un asunto”, lo que implica una selección de ciertas particularidades como significativas (Bartlett, 1989, p. 856).

En esta misma dirección ha argumentado también Schauer, relacionando el debate sobre juicios basado en reglas generales y juicios individualizados con el tema de los estereotipos. Concretamente, Schauer desmonta la dicotomía entre modelos, argumentando que los juicios individualizados se basan en generalizaciones y probabilidades² y que siempre operan una “individuación” parcial, omitiendo varias dimensiones del caso concreto que bajo otras circunstancias podrían ser relevantes (Schauer, 2006, p. 103).

Mientras se desmontaba la dicotomía entre estos modelos, desde el planteamiento feminista también se apuntaba a que siempre se juzga con el trasfondo de un cierto contexto (Minow y Spelman, 1990; Bartlett, 1990; Lacey, 1998). Así planteado, el mayor problema del proceso judicial no sería la falta de contexto, sino más bien la adopción de un contexto específico ficticiamente presentado como neutral. Este contexto ignora a la mitad de la población y silencia a grupos no hegemónicos. A partir de esta perspectiva, las estrategias para alcanzar decisiones no opresivas deberían sustituir este contexto de partida con *otro* contexto. En otras palabras, se trataría más bien de *re-contextualizar*, entendiendo esta operación como un ejercicio de crítica que desvela la contextualización actual adoptada por el derecho y así ilumina los intereses y las relaciones privilegiadas por los dispositivos normativos (Lacey, 1998, pp. 6, 200). Según este planteamiento, hay posturas dentro de la reflexión feminista, como las representadas por Gilligan, cuya llamada a contextualizar tendría el efecto de ocultar las formas en que los sujetos de derecho ya están contextualizados, aunque de una manera que les perjudica (Lacey, 1998, p. 6). Siguiendo a Lacey, las *politics of contextualization* no son estrategias unidireccionales (Lacey, 1998, p.

² En sus palabras, el juicio individualizado no es más que una predicción probabilística sobre comportamientos futuros, basada en la ocurrencia de ciertas características o rasgos (Schauer, 2006, p. 67).

203), por esta razón, las simples llamadas a contextualizar, sin otra aclaración, implican suposiciones ingenuas sobre la eficacia de esta estrategia para generar cambios reales en un contexto marcado por relaciones de poder (Lacey, 1998, p. 6). Dicho de otro modo, el contexto admite miradas/ posicionamientos muy distintos, no todas dirigidas a la emancipación de las mujeres y de grupos vulnerables. Por esta razón, habría que especificar siempre cuál es la postura detrás del contexto. Además, la hiper-contextualización entendida como forma extrema de subjetividad situada (*embodied*), perjudica a la lucha feminista y a su alcance colectivo, al limitar la mirada sobre el individuo.

En la literatura específica sobre estereotipos, Cook y Cusack (2010) sugieren abordar la tarea de identificación y evaluación de estereotipos dañinos a través de un análisis casuístico apoyado en tres factores contextuales, que ayudarían a establecer si un estereotipo reproduce la subordinación de las mujeres. Tales factores se dividen en factores individuales, basados en estudios psicológicos que ponen en evidencia el nivel de arraigo de los estereotipos en nuestro subconsciente; los factores “situacionales”, que apuntan a cómo el individuo se adapta al contexto social (Glick y Fiske, 2007); y factores más amplios, que incluyen consideraciones históricas, culturales, religiosas, económicas y jurídicas que pueden contribuir a perpetuar estereotipos.

En la misma línea, Timmer describe el análisis contextual como la evaluación de varios factores (2011, p. 720), tales como el *contexto histórico* en el que se utiliza el estereotipo y las razones históricas que han acompañado su adopción, o los *efectos actuales* de la norma o práctica estereotipada sobre hombres y mujeres singularmente considerados y en sus distintos subgrupos o intersecciones.³ A la dimensión histórica, Bórquez y Clérico añaden también el contexto económico, político, cultural y social (2021, p. 13). Asimismo, en el planteamiento de Timmer, cobra relevancia específica el modelo desarrollado por la Suprema Corte de Canadá en el asunto *Law*, en el que se identifican cuatro factores contextuales para el análisis del impacto discriminatorio de una medida en relación al concepto de digni-

³ Al nombrar los efectos, Timmer hace referencia a reconocimiento y redistribución, así como a efectos psicológicos.

dad. Los factores consisten en 1) la presencia de una desventaja previa, de vulnerabilidad, estereotipación o prejuicio hacia un individuo o grupo; 2) el grado de correspondencia entre el eje [de discriminación] y la necesidad, capacidad o circunstancia concreta de la persona demandante; 3) el hecho de que la norma tenga un objetivo o efecto de mejora; y 4) la naturaleza del interés afectado.

Extendiendo la mirada a la doctrina del derecho antidiscriminatorio, la definición de contexto se vuelve todavía más inestable. Aunque se presente como alternativa válida a la comparación y a sus trampas para la identificación de la discriminación, no es fácil encontrar una definición exacta. En la doctrina estadounidense, por ejemplo, el contexto coincide con actos y afirmaciones (estereotipadas) del empleador que pueden apoyar en la identificación del *discriminatory intent*, en el caso de la discriminación directa (Goldberg, 2011).

En su comentario, Ronconi hace referencia al contexto como sinónimo de formas de desigualdad, como la socio-económica, a menudo olvidada por los análisis que ponen el foco en la dominación cultural. En palabras de Ronconi, “el análisis del contexto requiere no solo tomar en cuenta la situación de dominación cultural sino también la económica y principalmente entender cómo se conjugan” (Ronconi, 2022, sección 4). De esta definición se desprenden elementos del debate sobre la configuración de los sistemas de poder, junto a referencias a un análisis interseccionalidad que trataremos en el siguiente apartado. Lo que aquí nos interesa subrayar es la diversidad de planteamientos que se pueden encontrar acerca de la definición de contexto y la necesidad de aclarar dónde se ubica cada una a la hora de invocar este concepto.

A nuestro entender, ambas conceptualizaciones propuestas por Ronconi y Timmer lejos de ser erróneas serían simplemente imprecisas o insuficientes a la hora de analizar el significado de ciertas acciones, prácticas o normas basadas en estereotipos de género, ya que falta una clara referencia al papel que tiene la teoría feminista y el conjunto de herramientas conceptuales que proporciona en ubicar estos fenómenos, tomados singularmente, y en apreciar la estructura social en la que se producen, y las relaciones asimétricas que los vertebran (Álvarez, 2021, p. 570). Falta, en otras palabras, la referencia al poder, a la subordinación y a la opresión como claves de comprensión.

Sin restar importancia a la vertiente fáctica de la contextualización, es decir a la necesidad de ampliar la mirada sobre los hechos relevantes para el enjuiciamiento (cfr Bartlett, 1989, p. 856), creemos que la cuestión no puede quedarse en este plano. Cuando invocamos el contexto en el análisis de los estereotipos, es preciso aclarar su vertiente conceptual, pensando el contexto como un marco interpretativo de la realidad que nos permite proporcionar sentido a los hechos individuales, a las normas y prácticas, gracias a ciertas herramientas conceptuales. Un ejemplo claro en esta línea es el significado de la violencia de género dentro de la concepción de género desarrollada por la teoría feminista (Añón, 2019, p. 45).

Aun entendiendo el contexto como marco conceptual y no como inmersión en detalles individuales, falta definir qué marco conceptual estaría detrás de ello en el caso de los estereotipos. Para nosotras, ese marco es el concepto de patriarcado desarrollado por el feminismo. Lo histórico, lo cultural y lo social -adjetivos que suelen acompañar al contexto- son dimensiones que el concepto de patriarcado recoge y articula adecuadamente. El contexto en sí no nos parece que aporta un *plus* de significado relevante respecto al patriarcado como marco conceptual, que consideramos una contribución fundamental a la hora de entender mecanismos de opresión como son los estereotipos.

Nuestra crítica a la contextualización va dirigida a la ambigüedad del concepto y a su uso genérico (pero muy frecuente) consistente en pedir la incorporación de detalles fácticos individuales en el proceso de toma de decisiones, pero sin insertarlos en un marco conceptual específico, como el marco proporcionado por la teoría feminista. Así delimitado, nuestro planteamiento sobre el contexto no estaría tan alejado de lo que entiende Ronconi al sostener que “es necesario identificar que la desigualdad, en muchos casos, no es puntual ni aislada, sino que se inserta en estructuras de subordinación u opresión” (Ronconi, 2022, sección 4). Esto no es sino una confirmación de que tanto Ronconi como otras autoras favorables a un análisis contextual en el derecho antidiscriminatorio (Añón, 2013; Bórquez y Clérico, 2021) asumen una concepción específica de “contexto”, que podríamos llamar “estructural”, tal vez con el riesgo de presentar cómo unánimemente aceptada lo que en realidad es una postura crítica. Si analizar los estereotipos “en contexto” significa ubicarlos dentro del marco

conceptual que nos ofrece la teoría feminista, dentro del sistema de poder llamado patriarcado y sus configuraciones variables, entonces nuestra postura y las de nuestras comentaristas no están en conflicto. Aun así, nos parece que el uso del término patriarcado brinda más claridad y permite entender los estereotipos más allá de la dicotomía individual/estructural.

3. El papel de la interseccionalidad en la comprensión de los estereotipos

La perspectiva interseccional es fundamental para entender los estereotipos de género en toda su complejidad; sin embargo, las investigaciones enfocadas en proyectar la interseccionalidad sobre los estereotipos siguen siendo escasas (Bórquez y Clérico, 2021). En nuestro texto, argumentamos que, la llamada interseccionalidad “estructural” tiene múltiples ventajas para el análisis de los estereotipos. En este apartado, desarrollamos algunas de estas aportaciones con relación al concepto de patriarcado, al papel de este en la identificación del daño por estereotipo, y a las categorizaciones del derecho antidiscriminatorio.

En nuestra propuesta, argumentamos que la interseccionalidad cobra un papel igual de importante que la serialización y la heterodesignación en definir el concepto de patriarcado, puesto que revela la naturaleza compleja de las categorizaciones patriarcales (p. 14). Si bien es cierto que, históricamente, el patriarcado se conceptualizó según un modelo monofocal, teorizaciones sucesivas (desde el feminismo negro, lesbiano, marxista, y las teorías de los sistemas duales) han permitido explorar su relación con otros sistemas de opresión y cuestionar la tendencia a tratarlos como regímenes independientes, contribuyendo así a lo que hoy llamamos interseccionalidad estructural.

Como es sabido, la interseccionalidad estructural, en la denominación de Crenshaw (1991), pone el foco no tanto en las identidades oprimidas, sino en los sistemas o estructuras que las producen y en sus interacciones dinámicas. En este sentido, y aun teniendo cierta unidad práctica y analítica, sistemas como el patriarcado serían interdependientes de otros. Tanto el patriarcado como sus precipitados o productos (entre ellos, los este-

reotipos) se constituyen de una forma que condensa ya múltiples niveles jerárquicos, según la combinación de ejes, por lo que dentro de un mismo sistema de opresión habrá un mayor o menor grado de invisibilidad de los otros ejes, determinada por el cruce y posiciones de mayor o menor “privilegio” en términos relativos.

Dentro de este marco, encontramos elementos útiles para responder a la pregunta sobre cómo determinar el efecto dañino producido por el estereotipo. ¿Es suficiente y oportuna una explicación basada en el patriarcado para identificar los estereotipos y su daño o sería necesario examinar también los efectos individuales y grupales que estos conllevan? Rechazando el marco dicotómico con el que se construye esta pregunta, la interseccionalidad estructural permite ver la conexión entre estos niveles de análisis.

El concepto de patriarcado como estructura, régimen o sistema se rige tanto sobre normas organizativas, instituciones, como sobre normas sociales y prácticas, que no son otra cosa sino acciones individuales repetidas. La operación conceptual de sumar lo individual-experiencial dentro de lo sistémico es, sin duda, una de las mayores aportaciones del concepto de patriarcado a la teoría feminista. Por ello, el patriarcado no quita un análisis de lo individual, sino que permite “contextualizar” lo individual dentro un sistema de significado. La interseccionalidad se inserta en este plano, en la conceptualización de las estructuras como complejas y móviles.

Sin restarle importancia a la valoración individual del daño por estereotipo, insistimos en que este daño no se puede “leer” correctamente sin ubicarlo en la matriz estructural/grupal que nos proporciona el feminismo. En el derecho antidiscriminatorio de corte liberal, el litigio tiene alcance individual, así como la evaluación del daño y el remedio proporcionado para la vulneración de un derecho individual, como la igualdad de trato. Los límites puestos por este marco han sido ampliamente debatidos en doctrina, apostando, en formas diversas, por modelos que abarquen las raíces y los efectos grupales/sistémicos de la discriminación. En este sentido, Barrère ha propuesto redefinir la dimensión individual de la discriminación como “epifenómeno” de algo más amplio y sistémico que en su elaboración teórica llama *subdiscriminación* (2003, 2014a).

Sin embargo, la vertiente estructural de la interseccionalidad también es útil para el análisis de los puntos de inestabilidad del derecho antidiscrimi-

natorio europeo de corte liberal (Morondo Taramundi, 2021). La interseccionalidad explica, por ejemplo, cómo la inestabilidad técnica del derecho antidiscriminatorio —por ejemplo, a través de la fragmentación *ad infinitum* de las categorías del derecho antidiscriminatorio para dar respuesta a formas de discriminación complejas o interseccionales— produce un ulterior riesgo de inestabilidad política, reflejado en la jerarquización de los ejes de protección y en la consecuente competición entre grupos vulnerables.

Se podría argumentar que la creación de nuevas categorías impulsada por la interseccionalidad puede tener un efecto positivo y mitigar la serialización. En concreto, al tener categorías más finas, que reflejan intersecciones específicas, se difumina la serialización, entendida como generalización patriarcal que aplasta al sujeto. Para entender las implicaciones de este argumento podemos retomar una duda planteada por McCrudden (2011) sobre si el derecho antidiscriminatorio debería dejar de proteger a las “mujeres” como colectivo, para enfocarse en algunas intersecciones concretas (mujeres con discapacidad, mujeres con hijos, mujeres pertenecientes a minorías étnicas, etc.). Como argumenta Morondo, esta lectura de la interseccionalidad no solo implica reducir el ámbito del derecho antidiscriminatorio, sino que supone también la fragmentación del sujeto emancipatorio (Morondo Taramundi, 2021, pp. 28-29). Cuanto más se fragmente el sujeto “mujeres” (y la categoría que le corresponde en el derecho), más nos encontraremos con individualidades irreductibles y experiencias de discriminación sobre-determinadas e incomparables entre sí (Morondo Taramundi, 2014), con resultados imprevisibles tanto a nivel de prueba como de remedios, entre otros. Lo que se diluiría no es la serialidad, sino la categoría “mujeres” que se sustituye por múltiples subcategorías en el derecho. Los estereotipos seguirían en su lugar, serializando, pero habríamos perdido el denominador común para leerlos. La ampliación de categorías, a nuestro entender, no conlleva atenuación de la serialidad, ya que actúan sobre planos diversos; la multiplicación de subcategorías protegidas, además, dificultaría la tarea de entender las interacciones entre los ejes de subordinación puesto que la atención se dirigiría a la “correcta” clasificación del conjunto de múltiples características de cada individuo en la subcategoría adecuada.

4. Sobre la función de los estereotipos y sus elementos estructurales

Uno de los argumentos claves que presentamos en nuestro artículo se refiere a la función justificativa del estereotipo, frente a las tesis comúnmente más aceptadas que dan a los estereotipos funciones descriptivas y/o prescriptivas.

En nuestro texto, intentamos trazar una distinción entre las posibles *dimensiones* con las que se presenta un estereotipo, y su *función* característica (para qué existen), que nosotras identificamos, precisamente, con la función justificativa. Dicho de otro modo, lo descriptivo y lo prescriptivo son dimensiones de los estereotipos, que a menudo se encuentran simultáneamente y entrelazadas en los estereotipos de género. Tomemos el ejemplo del estereotipo del ama de casa; a primera vista, la función del estereotipo es prescribir un comportamiento a las mujeres (y otro a los hombres, de forma especular), dictar a las mujeres su función social, su ocupación principal y la manera de llevarla a cabo (la buena ama de casa). Lo que planteamos no es que no exista esa dimensión prescriptiva en el estereotipo, sino que más allá de dictar el modelo del ama de casa o de presentar descriptivamente o estadísticamente a las mujeres como amas de casa, la función última —la razón de ser— del estereotipo es justificar todas las normas, sistemas organizativos y prácticas basadas en este modelo, para perpetuarlo.

Esto no es distintivo de los estereotipos de género, sino de los estereotipos en general. Tomemos el ejemplo del estereotipo racista de que “los gitanos roban” o “se aprovechan de las ayudas económicas para no trabajar”. Estos estereotipos no prescriben que los gitanos tienen que robar ni obviamente tienen un valor descriptivo. Lo que hace el estereotipo es justificar el trato discriminatorio que reciben los gitanos por parte de la comunidad: es la justificación de mi sentimiento de inseguridad y el hecho de que agarre con fuerza mi bolso si se me sienta una gitana al lado en el metro, o la del comportamiento de los dependientes de una tienda que les persigan por los pasillos para vigilarlos o no les dejen entrar, o la de normas o prácticas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios públicos y privados en general.

Los estereotipos, por tanto, justifican la jerarquía social del sistema (racista, patriarcal, heteronormativo, clasista o capacitista) que los produce. Porque el sistema de dominación los produce precisamente para naturalizar y sustraer a la atención crítica las jerarquías sociales y las heterodesignaciones del sistema de dominación. Esto no quita, obviamente, relevancia a las dimensiones o características que puedan tener los estereotipos, pero estas serían distintas de la función primaria justificativa.

Siguiendo con este tema, Peroni nos solicita profundizar más “qué implica justificar jerarquías”. Como bien resume nuestra comentarista, justificar implica una serie de acciones que resumimos en “naturalizar, invisibilizar, racionalizar” los sistemas de poder (Peroni, 2022, sección 2). Por razones de síntesis, en nuestro texto no se ahondaba en la definición de estas acciones, si se trata de características, expectativas y comportamientos o normas. Peroni sostiene que es preciso ser más claras en este aspecto, porque esta claridad arrojaría luz sobre la función justificativa de los estereotipos. Asimismo, nuestro argumento tomaría más fuerza al especificar con más detalle cuales son las peculiaridades de los estereotipos que hacen que sirvan para naturalizar, invisibilizar y racionalizar las jerarquías de poder. En este sentido, el comentario de Peroni apunta ya una respuesta, al señalar la relevancia de otros tres elementos estructurales de los estereotipos: su asimetría, la estructura dicotómica y la relación jerárquica que se establece entre los pares de la dicotomía. Se trata de elementos que no desarrollamos en nuestra propuesta, pero que sí forman parte de nuestra aproximación a los estereotipos y sin duda deben ser subrayados, porque explican la manera en que los estereotipos justifican las jerarquías de poder, es decir, los elementos que facilitan su función. Además, como apunta la autora, la capacidad conservadora del estereotipo se debe a su arraigo en todas las estructuras sociales, a su persistencia y difusión, que le convierten en una narrativa refractaria a evidencias contrarias. Como bien es sabido, este carácter estático está fomentado por la estructura dicotómica en la que se presenta el estereotipo: la representación de la realidad en pares jerárquicamente ordenados, mutuamente excluyentes, es un fenómeno familiar para las teóricas del derecho que han estudiado el binomio público-privado y sus ambigüedades. Hemos hecho hincapié, en otra ocasión, en la necesidad de subrayar la asimetría del estereotipo como dispositivo discriminatorio (Ghidoni, 2021). Pero más allá

de esto, la naturaleza asimétrica, del estereotipo no se suele reconocer ni en la literatura ni en las políticas públicas (europeas) sobre estereotipos, que perpetúan una visión neutral o simétrica dominante en la aproximación al derecho y a las políticas antidiscriminatorias.

5. A modo de conclusión: tareas pendientes

Volvemos a agradecer a las autoras sus contribuciones a nuestra propuesta y los retos que plantean, ya que nos invitan a dar un paso más allá en nuestra reflexión en torno a los estereotipos y preguntarnos cuáles serían los pasos siguientes para concretar un análisis anti-estereotipo. Sobre todo, qué acciones haría falta desarrollar para que estas reflexiones teóricas, y en general, las contribuciones de la doctrina jurídica en este campo, se conviertan en herramientas concretas para guiar el razonamiento judicial y fortalecer su capacidad para detectar y rechazar argumentos estereotipados.

Peroni nos pregunta de qué manera nuestra propuesta cobraría vida en el razonamiento jurídico de los tribunales, hipotetizando una serie de “pasos” concretos a seguir. Siguiendo su planteamiento, el primer paso sería *identificar la generalización* en el caso concreto, para luego investigar las *razones* detrás de la atribución de comportamientos o características a grupos. Para ello, sería preciso hacer una evaluación crítica del uso que se hace de una generalización, preguntando “quiénes” tienen el poder de generalizar y “para qué” lo hacen (como decimos en la sección 4 de nuestro texto). Para hacerlo, Peroni echa en falta la articulación de algunos indicadores de usos problemáticos de la generalización como mecanismo, a partir de nuestra propuesta (Peroni, 2022, sección 3).

Sin duda, esta solicitud para operativizar las propuestas teóricas es más que pertinente y apunta a una de las tareas pendientes en el estudio sobre estereotipos. Tal vez esta falta se deba a la persistente opacidad que sigue afectando este concepto, sobre todo en la comprensión de sus efectos en ámbito jurídico. Por esta razón, estamos convencidas de que queda mucho recorrido todavía por hacer en el plano teórico antes de poder llegar a la formulación de recomendaciones concretas para los tribunales. En primer lugar, quedan por explorar en profundidad las implicaciones de los estereo-

tipos en el razonamiento jurídico. En este sentido, ya se está avanzando en el estudio de los mecanismos que vehiculan los estereotipos, como por ejemplo las generalizaciones (Arena, 2019; Render, 2010). Sin embargo, como se ha señalado en otra ocasión, la naturaleza del estereotipo muestra similitudes también con mecanismos propios del derecho, como la presunción legal, que es preciso profundizar (Ghidoni, 2022). Estos ejercicios serían útiles para entender la dimensión dinámica, el “comportamiento” del estereotipo y su facilidad para esconderse detrás de algunos mecanismos cognitivos internos al derecho, bajo procedimientos lógicos aparentemente lineares.

Más allá de esto, creemos que la creación de una *check-list* o de indicadores específicos dirigidos a jueces y juezas no sería suficiente para generar un cambio significativo en la práctica judicial, sin acciones dirigidas a modificar la actual cultura jurídica que hace de trasfondo al razonamiento judicial y que sustenta argumentos estereotipados. Son necesarias acciones de amplio alcance como la concientización y la formación especializada, para que las y los operadores jurídicos adquieran conocimiento crítico sobre los conceptos básicos de la discriminación/opresión, su raíz en los sistemas de poder, su alcance sistémico-grupal y la dimensión interseccional de estos sistemas. Contestando a Peroni, el conocimiento sobre estos conceptos permitiría al tribunal hacer un análisis de los efectos individuales y grupales de los estereotipos, exponiendo y problematizando argumentos como la “libre elección” en el contexto de las relaciones de poder. No se trata de conceptos asentados ni consensuados, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Es más, el marco individualista del derecho antidiscriminatorio dificulta la comprensión de los impactos sistémicos de la discriminación. Nos parece que, sin esta sensibilidad previa, y sin formación en el análisis crítico de la teoría y el método jurídico -algo que el iusfeminismo ha estado fomentando en los últimos cincuenta años- cualquier intento de ofrecer respuestas sistematizadas simplificadas sería ineficaz.

Yendo a la raíz del problema, esta última tarea requeriría enfoques alternativos para la enseñanza del derecho, que estimulen a los y las jóvenes juristas a aproximarse al derecho no como dogma ni como ciencia neutral. En definitiva, se requiere de un cuestionamiento profundo de nuestra aproximación al derecho.

Por otro lado, la labor de la doctrina, junto con el activismo judicial (Barrère, 2014b; Lousada, 2020) y las acciones de formación y concienciación promovidas por las organizaciones de la sociedad civil, son elementos imprescindibles para facilitar transformaciones en la cultura jurídica y —a largo plazo— crear las condiciones para la consolidación —a nivel judicial— de interpretaciones más críticas, realmente transformadoras de la práctica judicial y que permitan una mejor comprensión y tratamiento jurídico de la discriminación/opresión y sus mecanismos. Un ejemplo de cómo practicar el activismo jurídico puede encontrarse en la propuesta avanzada por los *Feminist Judgements Projects* (Hunter y otras, 2010) y que bien podría aplicarse al tratamiento judicial de los estereotipos. La práctica de reescribir en clave feminista algunos pasajes clave de las sentencias, exponiendo argumentos estereotipados y formulando razonamientos alternativos, sería una manera operativa de avanzar en el análisis anti-estereotipo y de hacer pedagogía judicial.

Siguiendo en esta línea, nos parece especialmente útil seguir la propuesta de Ronconi y volver la mirada hacia la experiencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La revisión de buenas prácticas jurisprudenciales adoptadas por otros tribunales regionales es un buen punto de partida para fomentar el desarrollo y la implementación de herramientas argumentativas alternativas. En este sentido, la referencia a la Corte IDH es imprescindible y especialmente relevante por sus avances tanto en el análisis de los estereotipos como de la interseccionalidad. No solo ha jugado un rol protagonista en el análisis anti-estereotipo, que ya forma parte de su jurisprudencia consolidada (Bórquez y Clérico, 2021, p. 5), sino que su práctica constituye un ejemplo de aproximación a la desigualdad estructural y a remedios transformadores de la realidad social y de las estructuras que perpetúan la opresión (Clérico, 2018; Undurraga, 2016; Cardoso Onofre de Alencar, 2015). Si bien es cierto que la Corte IDH todavía tiene que afinar su técnica de identificación e incorporar en su caja de herramientas el análisis de estereotipos combinados (Bórquez y Clérico, 2021), algunos elementos de su jurisprudencia podrían ser trasladados. Entre ellos, estamos de acuerdo con Ronconi, que los remedios transformadores podrían brindar respuestas eficaces a la desigualdad estructural. Aunque aquí no tenemos espacio para desarrollar este punto y entrar en el

debate, es preciso recordar que varios mecanismos internacionales mencionan la necesidad, o más bien la obligación de los Estados, de adoptar medidas transformadoras para la erradicación de estereotipos basados en la inferioridad de las mujeres y la superioridad de los hombres en varios ámbitos, entre ellos la administración de la justicia.⁴

Somos conscientes de que nuestra respuesta es provisoria y limitada, y agradecemos a la Revista habernos invitado a participar en un formato, la discusión, que abre vías nuevas y enriquecidas para nuestra investigación.

Bibliografía

- Álvarez, S. (2021). Algunas discrepancias sobre el concepto de género, la violencia de género y su relevancia para el derecho. Comentarios a Francesca Poggi, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 44, 557-585
- Añón Roig, M. J. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía*, 39(39), 127-157.
- Arnardóttir, O. M. (2014). The differences that make a difference: Recent developments on the discrimination grounds and the margin of appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, 14(4), 647-670. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngu025>
- Arena, F. J. (2019). Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos. En V. Risso y S. Pezzano (eds.), *Derecho y Control* (2) (pp. 11-44). <https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/11768/Libro%20Derecho%20y%20Control%202%20para%20subir.pdf?sequence=1>
- Barrère, M. Á. (2003). Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus Discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía Del Derecho*, 9, 1-26.
- Barrère, M. Á. (2014a). *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*. Lima: Grijley.

⁴ Véase la CEDAW y el Convenio de Estambul.

- Barrère, M. Á. (2014b). La igualdad de género desde el activismo de las profesiones jurídicas. *Revista Vasca de Administración Pública*, 99–1001, 513–528.
- Bartlett, K. T. (1989). Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, 103, 829–888. https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1119&context=faculty_scholarship
- Bórquez, N., & Clérico, L. (2021). Una vuelta de tuerca al análisis de estereotipo: estereotipo combinado. *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 26, 1–28. <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/545>
- Cardoso Onofre de Alencar, E. (2016). Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Eunomía. Revista En Cultura de La Legalidad*, 26–48. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2801>
- Clérico, L. (2018). Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad. *Revista Derecho Del Estado*, 41(May), 67–96. <https://doi.org/10.18601/01229893.n41.03>
- Cook, R. J., & Cusack, S. (2010). *Gender stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. University of Pennsylvania Press.
- Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43, 1241–1299.
- Fenton, Z. E. (1998). Domestic Violence in Black and White: Racialized Gender Stereotypes in Gender Violence. *Columbia J. Gender & L.*, 8(1), 1–65. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.137037>
- Ghidoni, E. (2021). *Developing Structural Intersectionality in Legal Analysis: The Case of Stereotypes as Forms of Discrimination*. PhD thesis. Bilbao: University of Deusto.
- Ghidoni, E. (2022). Aproximación a los estereotipos como elementos del razonamiento judicial a través de las presunciones. En F. J. Arena (ed.), *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia* (pp. 287–325). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-03/Manual%20Estereotipos%20de%20imparticion%20de%20justicia_DIGITAL%20FINAL.pdf

- Glick, P., & Fiske, S. T. (2007). Sex Discrimination: The Psychological Approach. En F. J. Crosby, M. S. Stockdale, & A. S. Ropp (Eds.), *Sex Discrimination in the Workplace: Multidisciplinary Perspectives* (pp. 155–188). Blackwell.
- Goldberg, S. B. (2011). Discrimination by Comparison. *Yale Law Journal*, 120, 728–812. https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/978
- Hunter, R., McGlynn, C., & Rackley, E. (Eds.). (2010). *Feminist Judgements. From Theory to Practice* (1st ed.). Hart Publishing.
- Lacey, N. (1998). *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*. Hart Publishing.
- Lousada Arochena, J. F. (2020). *El enjuiciamiento de género*. Madrid: Dykinson.
- Matsuda, M. J. (1986). Liberal Jurisprudence and Abstracted Visions of Human Nature: A Feminist Critique of Rawls' Theory of Justice. *New Mexico Law Review*, 16(3), 613–630. <https://digitalrepository.unm.edu/nmlr/vol16/iss3/18>
- McCrudden, C. (2011). Introduction. Thinking the Unthinkable? *European Gender Equality Law Review*, 1, 3–5. <https://www.equalitylaw.eu/downloads/2796-european-gender-equality-law-review-1-2011>
- Minow, M., & Spelman, E. V. (1990). In Context. *Southern California Law Review*, 63, 1597–1652.
- Morondo Taramundi, D. (2014). El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral. *Anuario de Filosofía Del Derecho*, XXX, 291–307.
- Morondo Taramundi, D. (2021). Desigualdad compleja e interseccionalidad: «reventando las costuras» del derecho antidiscriminatorio. En La Spina, E., Cruz Ayuso, C. y Morondo Taramundi, D. (coord.). *Desigualdades complejas e Interseccionalidad. Una revisión crítica* (pp. 11–28). Madrid: IISJ-Dykinson.
- Peroni, L. (2022). Los Estereotipos en el Derecho Antidiscriminatorio: Comentario. *Discusiones*, 28(1).
- Render, M. (2010). Gender Rules. *Yale Journal of Law and Feminism*, 22, 133–191. https://scholarship.law.ua.edu/fac_articles/655/
- Ronconi, L. (2022). Estereotipos y derecho antidiscriminatorio: algunas reflexiones para desarmar la desigualdad compleja. *Discusiones*, 28(1).

- Schauer, F. (2006). *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Belknap Press.
- Timmer, A. (2011). Toward an anti-stereotyping approach for the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 11(4), 707–738. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngr036>
- Undurraga, V. (2016). Gender Stereotyping in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights. En E. Brems & A. Timmer (Eds.), *Stereotypes and Human Rights Law* (pp. 67–93). Intersentia. <https://doi.org/10.1017/9781780685458.004>

Sección II

**DISCUSIONES:
CORTES**

Dominic Ongwen en la Corte Penal Internacional: un análisis feminista sobre crímenes internacionales y subjetividades complejas en la guerra

Dominic Ongwen at the International Criminal Court: A feminist analysis on international crimes and complex subjectivities in war

María Daniela Díaz-Villamil*

Recepción: 21/04/2022

Evaluación: 13/05/2022

Aceptación final: 17/05/2022

Resumen: En febrero de 2021, la Corte Penal Internacional condenó a *Dominic Ongwen*, antiguo niño soldado y posterior comandante del Ejército de Resistencia del Señor (LRA), por 61 cargos de conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad y de guerra, cometidas entre 2002 y 2005 en el Norte de Uganda. En este artículo reflexiono sobre los crímenes que la Corte le atribuyó y sobre su condición de víctima-victimario. Me ocupo principalmente de escrutar los dichos y los silencios de la sentencia desde una perspectiva de género y feminista. Defenderé la tesis de que el caso abre una veta de reflexión sobre las paradojas de la pulsión punitiva de la lucha feminista internacional y sobre la dificultad para superar binarios radicales en el derecho penal internacional.

Palabras clave: Dominic Ongwen, teoría feminista, crímenes internacionales, justicia internacional, atrocidades.

* Abogada y profesora de derecho internacional de la Universidad Externado de Colombia. LL.M, Harvard Law School, Estados Unidos. Correo electrónico: daniela.diaz@uexternado.edu.co ORCID: 0000-0002-0487-2223

Abstract: In February 2021, the International Criminal Court convicted *Dominic Ongwen*, a former child soldier and later commander of the Lord's Resistance Army (LRA), on 61 counts amounting to crimes against humanity and war crimes committed between 2002 and 2005 in Northern Uganda. In this article, I reflect on the crimes attributed to *Ongwen* by the Court and on his status as a victim-perpetrator. I thus scrutinize what is said and silenced in the judgment from a gender and feminist perspective. I will defend the thesis that the case opens a new reflection opportunity on the paradoxes of the punitive drive of the international feminist struggle, and on the difficulty of overcoming radical binaries within the realm of international criminal law.

Key words: Dominic Ongwen, feminist theory, international crimes, international justice, atrocities.

1. Introducción

En febrero de 2021, la IX Sala de Juzgamiento de la Corte Penal Internacional dio a conocer la sentencia condenatoria en el caso de la Fiscalía contra Dominic Ongwen, antiguo comandante del Ejército de Resistencia del Señor en Uganda. La decisión es histórica por al menos cuatro razones: (I) es la condena más “generosa” de la Corte: 61 cargos en total por diferentes conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad y de guerra; (II) es la primera condena por crímenes de género más allá de la violencia sexual, i.e., matrimonio forzado al amparo del crimen de *otros tratos inhumanos*; (III) es la primera sentencia contra un antiguo niño soldado por los crímenes que cometió siendo adulto en el mismo grupo que por más de una década antes de alcanzar la mayoría de edad fungió como su verdugo; (IV) por la misma razón, es la primera sentencia en abordar los dilemas éticos y jurídicos que representa la comisión de atrocidades por parte de víctimas de crímenes internacionales.

En esta breve reflexión me encargo de abordar varias de estas cuestiones desde una perspectiva de género y feminista. En primer lugar, reflexiono sobre el contexto (la cruel guerra del Norte de Uganda, sus antecedentes y legado) y los principales debates que plantea el caso. En segundo lugar, me

hago cargo de estudiar los cargos específicos de género, trayendo a colación una reflexión crítica sobre la jurisprudencia del Tribunal. En tercer lugar, me ocupo de las conductas y respectiva condena por hechos que, al menos a juicio de la Corte, no merecían un análisis género-específico. En cuarto lugar, reflexiono sobre el amplio debate que ha suscitado la condición víctima-victimario de Dominic Ongwen y los aportes que ofrece en esta esfera una lectura crítica feminista sobre el razonamiento de la Corte. En último lugar concluyo que, si bien la sentencia representa un avance en el propósito de dotar a los análisis sobre atrocidades de una lectura omnicompreensiva de género que trascienda a lo que Karen Engle llama “el grillete de la violencia sexual en los conflictos armados” (Engle, 2020), lo cierto es que con lo que dice y con lo que calla, la Corte pierde una oportunidad para desestructurar binarios como aquel según el cual las personas son o víctimas o victimarias, y las víctimas de violación son siempre mujeres vulnerables y nunca varones. Asimismo, descarta la posibilidad de avanzar en la comprensión de la dimensión estructural de la violencia de género en contextos como el que resuelve el caso a través de la inaplicación de la persecución por razones de edad y género.

2. Legados coloniales, espiritualismo y nacionalismo *Acholi*: la masculinidad espectral de *Joseph Kony*, el Ejército de Resistencia del Señor (LRA) y *Dominic Ongwen*

En 1962 Uganda inició el tránsito hacia su independencia de la Corona Británica. Como la mayoría de los países africanos que sufrieron el violento yugo colonial europeo desde el siglo XIX, la joven república de Uganda tuvo que enfrentarse a una convulsa situación política, social y económica en la administración de un territorio encapsulado por una frontera legada por los colonizadores. Conflictos étnicos de la época precolonial fueron atizados a propósito de la vieja estrategia colonial de dividir a los locales con el favorecimiento de un(os) grupo(s) sobre otro(s), especialmente entre pueblos del norte y del centro-sur del país (Lwanga-Luyiigo, 1987). Asimismo, nuevos conflictos propios del legado colonial empezaron a caldearse con la salida de los británicos, especialmente entre los ugandeses de descendencia africana

y los de descendencia india, cuyos ancestros llegaron a inicios del siglo a construir el ferrocarril que conecta Uganda con Kenia (Armitage, 2015).

Así, el legado colonial se mantuvo vigente a través de una consecución de gobiernos autoritarios, guerras civiles y represión violenta que han impedido la auténtica independencia de Uganda (Lwanga-Luyiigo, 1987). Bajo el primer gobierno de Milton Obote, de etnia Lango, se avanzó en la persecución de los pueblos del sur de Uganda con un sentido de revancha por el maltrato perpetrado por los británicos en contra de los pueblos del norte, como los Lango y los Acholi. Idi Amín, mundialmente famoso por su régimen despiadado, avanzó en la persecución de los pueblos del norte del país, principalmente los Acholi y también de los ugandeses de ascendencia india. Depuesto Amín y reinstalado Obote como presidente, en la década de 1980 se atizaron las disputas étnicas y la persecución revanchista, de nuevo concentrada en las poblaciones del sur del país. Así, una guerra de guerrillas empezó a avanzar en cabeza de Yoweri Kaguta Museveni, quien se valió de un sinnúmero de refugiados tutsis en Uganda para deponer a Obote a través del Ejército de Resistencia Nacional (Lomo y Hovil, 2004).

Museveni fue exitoso en su empresa y después del golpe de estado de 1985, ejecutado por Tito Okello, aquél se hizo con el poder por la fuerza y se auto-proclamó presidente en 1986. En respuesta, una serie de alzamientos insurgentes en el norte de Uganda empezaron a desarrollarse anticipando la represión revanchista de Museveni. Así nació, por ejemplo, el movimiento del Espíritu Santo liderado por Alice Auma, una médica tradicional Acholi y cristiana que por mucho tiempo se encargó del cuidado y curación de los soldados que aún fieles a Obote habían iniciado un alzamiento insurgente contra Museveni. Con el tiempo creó su propio movimiento y según indicó, para 1986, tenía 18.000 militantes (The Prosecutor v. Dominc Ongwen, 2021, par. 3-4).

En 1987, un joven admirador del Movimiento del Espíritu Santo conocido como Joseph Kony se embarcó en su propia empresa espiritual y armada en contra del gobierno de Museveni, y en 1990 la bautizó como el Ejército de Resistencia del Señor (LRA) (The Prosecutor v. Dominc Ongwen, 2021, par. 5-6). Sus pilares ideológicos eran de un lado, el nacionalismo Acholi, es decir, el reclamo emancipatorio del pueblo Acholi a través del derrocamiento de Museveni, y de otro, el espiritualismo que combinaba preceptos cristianos con tradiciones religiosas y medicinales Acholi.

Para sostener ese proyecto de emancipación física y espiritual, Kony concibió un esquema de reclutamiento forzado de niños, niñas y jóvenes, principalmente Acholi, de modo que asegurara tanto el flujo constante de militantes que pelearan la guerra y cubrieran las tareas de cuidado en los campamentos, como el crecimiento de la población recluta a través de la reproducción forzada de quienes integraban las filas. Zachary Lomo y Lucy Hovil lo han nombrado como “un ejército de niños” (Lomo y Hovil, 2004, p. 31).

Así, la máquina de guerra ideada por Kony nació como un proyecto despiadado que ventajosamente se valía de la extrema vulnerabilidad económica y política de la niñez del norte de Uganda para sostener su empresa espiritual, bélica y reproductiva. Con el tiempo, el proyecto abandonó sus raíces étnicas y se volcó a una guerra sin cuartel contra toda la población civil del norte (incluidos Acholi, Lango y Teso), a quienes Kony consideraba traidores por no alinearse con el LRA y por tanto beneficiar al gobierno de Museveni. Entrada la década del 2000, Kony incluso propuso el exterminio del pueblo Acholi pues “solo aquellos [quienes] están en la selva con el LRA son los verdaderos y buenos Acholi”, de modo que el “LRA debería concentrarse en terminar [de borrar] a todos los Acholi” (The Prosecutor v. Dominc Ongwen, 2021, par. 1121, traducción propia).

En este contexto apareció Dominic Ongwen, quien estuvo entre el primer puñado de niños y niñas que alimentaron las voraces fauces del LRA. En efecto, como pudo acreditar la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) en su sentencia, Ongwen fue reclutado aproximadamente a sus 8 o 9 años —probablemente en 1987— (The Prosecutor v. Dominc Ongwen, 2021, par. 30), y desde entonces hasta su vida adulta formó parte de las filas del LRA. Durante la década de 1990 fue aleccionado sobre el dominio espiritual de Joseph Kony y recibió entrenamiento militar. En la selva fue objeto de torturas, malos tratos, abuso psicológico y violencia sexual. Así lo reconoció la Corte en su sentencia y el propio Ongwen en la última audiencia en la que declaró (Audiencia de Apelaciones - Transcripción (FRA), 2022, p. 34).

En cuanto a los crímenes, al hacer un recuento sobre los hechos y sus correspondientes cargos, la Corte distinguió entre dos grandes categorías. De un lado, aquellos que correspondían a los ataques a cuatro Campos de Desplazados Internos (CDI), y de otro, los llamados cargos temáticos, esto

es, los relativos a los hechos de violencia sexual y de género, y de utilización de niños soldado.

En cuanto a los primeros, la Corte encontró que como comandante de la Brigada Sinia, Ongwen ejecutó directamente, por medio de otros y como coautor indirecto/mediato, distintos actos que en su conjunto daban cuenta de una política organizacional enfilada a atentar contra los CDI dispuestos por el gobierno de Uganda para “proteger”¹ a la población civil de los ataques del LRA. Por los ataques a los CDI de Pajule, Odek, Lukodi y Abok, Ongwen fue condenado por múltiples crímenes de lesa humanidad y de guerra.²

En cuanto a los segundos, Ongwen fue condenado por diecinueve cargos de violencia sexual y violencia basada en género. Diez de los cargos se relacionan con los hechos en los que fungió como perpetrador directo,³ y los nueve restantes, con conductas ejecutadas por miembros de la brigada bajo su dirección y control.⁴

Por estos hechos, Ongwen fue sentenciado a 25 años de cárcel, un tempo reducido que según la Corte contempla su propia experiencia de victimización (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen - Sentence*, 2021). Para los efectos de este análisis, me enfocaré en los crímenes por los que fue condenado, y los analizaré en dos secciones. La primera, en la que me ocupo de los crímenes de género o violencia sexual, y la segunda, en la que reflexiono sobre aquellos que en apariencia no tienen una motivación o trasfondo de género evidente. En la última sección me ocupo de hacer un recuento del debate sobre la condición víctima-victimario y algunas reflexiones desde la teoría feminista que pueden aportar a superar la tensión del binario.

¹ En realidad, se trató de una experiencia de desplazamiento forzado que buscaba ahogar cualquier forma de alzamiento social de los pueblos del norte de Uganda contra el gobierno de Museveni. Ver: Lomo y Hovil (2004).

² Ataque contra la población civil como crimen de guerra, asesinato como crimen de lesa humanidad y de guerra, tortura como crimen de lesa humanidad y de guerra, esclavitud como crimen de lesa humanidad y de guerra, pillaje como crimen de guerra y persecución como crimen de lesa humanidad.

³ Matrimonio forzado como *otros tratos inhumanos*; tortura como crimen de lesa humanidad y de guerra; violación sexual; esclavitud sexual; esclavitud; embarazo forzado; atentados contra la dignidad personal.

⁴ Matrimonio forzado como *otros tratos inhumanos*; tortura como crimen de lesa humanidad y de guerra; violación sexual; esclavitud sexual; esclavitud; embarazo forzado.

3. Crímenes de género y violencia sexual

En el recuento de los hechos, la Sala de Juzgamiento identificó un patrón de abducciones que tenía como destinatarias principales a niñas y mujeres.⁵ Dicho patrón implicaba el secuestro y la retención de aquellas, su posterior conducción a los campamentos del LRA, el sometimiento a trabajos domésticos forzosos (denominadas como *ting tings*) y, en la mayoría de los casos, a violencia sexual, matrimonios y embarazos forzados.

Hay muchos elementos por los que destaca esta parte de la sentencia. Primero, la cantidad de cargos es en sí misma significativa. Nunca una persona procesada por la Corte había sido objeto de una condena tan voluminosa en general, y en relación con la violencia sexual en particular. En efecto, antes del caso Ongwen, la Corte había condenado a otras personas por crímenes sexuales, pero principalmente violación y esclavitud sexual.⁶ En este caso, no solo se condena por una amplia cantidad de conductas de naturaleza sexual (esclavitud sexual, violación y embarazos forzados), sino que además se entienden las dimensiones específicas de género de actos de otra naturaleza como el trabajo doméstico forzado (esclavitud), las torturas y los maltratos destinados a amedrentar y subyugar a las víctimas,⁷ y el matrimonio forzado como una forma de violencia de género autónoma que excede los límites de la definición de los crímenes sexuales y que por lo mismo se encuentra amparado por la categoría de “otros tratos inhumanos”.⁸

⁵ En todo caso, como se discutirá más adelante, la Corte no discutió los casos de violencia sexual contra niños soldado de los que tuvo conocimiento, reforzando con ello la idea de que la violencia sexual es una forma de violencia que padecen de manera exclusiva las mujeres y las niñas y negando con ello el fenómeno de la violación sexual de jóvenes reclutados para participar directamente en las hostilidades.

⁶ Así los casos: *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Sentencia de Juzgamiento, ICC-01/04-02/06 (Corte Penal Internacional, Sala de Juzgamiento 8 de julio de 2019); *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08 (Corte Penal Internacional 21 de marzo de 2016); *The Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07 (Corte Penal Internacional 7 de Marzo de 2014).

⁷ Incluidos los eventos en los que se las forzaba a matar o lastimar a otras personas en cautiverio.

⁸ Este crimen, así como del de embarazo forzado, ha sido objeto de amplias discusiones en el marco de la apelación de la sentencia.

Esta fuerza expansiva de la lógica de los crímenes para ahondar en las particularidades de las dimensiones de género de las atrocidades cometidas por Ongwen estuvo en el corazón de los debates del caso y persisten aún hoy en el proceso de apelación. Frente al matrimonio forzado, por ejemplo, la defensa ha argumentado que el contexto cultural debe tenerse en cuenta, en tanto la multiplicidad de matrimonios es común en la cultura Acholi. Asimismo, algunos *amici* en el proceso de apelación han considerado que dicha conducta está subsumida a la esclavitud sexual y que por tanto puede haber una violación del principio *ne bis in idem* (Allain, 2021). En el lado opuesto, una cantidad significativa de académicas feministas actuando como *amici* (*amici* feministas) han solicitado a la Corte sostener los cargos de la condena tal como están en la medida que los mismos son perfectamente compatibles con la cláusula abierta de *otros tratos inhumanos* del artículo 7 y los respectivos elementos del crimen⁹ (Baines, et al., 2021). Además, permiten identificar la particularidad del matrimonio forzado como una forma de violencia de género que trasciende a la violación sexual (Baines, et al., 2021).

En este grupo de *amici* están también quienes pidieron eliminar el cargo por esclavitud sexual, pues estimaron que una lectura histórica y sistemática de la prohibición de esclavitud en el derecho internacional incluye en principio las conductas de naturaleza sexual que se cometen en ejercicio de potestades propias del derecho de propiedad, por lo cual la condena por esclavitud sería suficiente (Ashraph, et al., 2021). Finalmente, en relación con el embarazo forzado, la defensa cuestionó que la Corte nombrara el derecho a la autonomía reproductiva como el bien jurídicamente protegido y lesionado con las conductas de Ongwen. En respuesta, el grupo de *amici* feminista defendió la decisión de la Corte y la necesidad de mantenerlo en la sentencia de apelación (Grey, et al., 2021; Ardila, et al., 2021).

De otra parte, en segundo lugar, la sentencia toca la médula de uno de los debates más espinosos en materia de atribución de responsabilidad penal individual por hechos de violencia sexual: la autoría y las moda-

⁹ Es decir “[q]ue el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” y que “tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto”, es decir, otros crímenes de lesa humanidad.

lidades de responsabilidad. Sobre el particular, la Corte distingue entre los hechos de violencia sexual cometidos directamente por Ongwen, y los hechos atribuibles —al menos materialmente— a miembros de su tropa. En cuanto a los primeros, la Corte no tuvo duda de que, bajo la dirección de Ongwen, siete mujeres fueron abducidas y llevadas a su casa a la fuerza. Allí fueron obligadas a adelantar diferentes labores domésticas y algunas de ellas a fungir como sus “esposas”. Este las violó sexualmente y obligó al menos a cuatro de ellas a engendrar y parir sus hijos. Varias de ellas enfrentaron torturas durante el cautiverio, y solo algunas lograron escapar.

Para la Sala, los testimonios de las víctimas fueron suficientes para dar cuenta de estos hechos, así como la evidencia circunstancial aportada por antiguos miembros del LRA y otras víctimas cuyos casos ocurrieron fuera del marco temporal de la Corte. Con esto, la Corte ratificó su compromiso estatutario y reglamentario con el testimonio de las víctimas como prueba directa de los hechos de violencia sexual, que además en este caso se articulaban de manera elocuente con otra evidencia circunstancial para dar cuenta de la política general del LRA.

En cuanto a los casos de violencia sexual ejecutados por miembros de la tropa, la Sala de Juzgamiento ahondó en la teoría del control que ha venido desarrollando desde el caso de la Fiscalía vs. Germain Katanga. En el pasado, la Corte había condenado a Jean Pierre Bemba por los crímenes sexuales cometidos contra mujeres civiles por la tropa bajo su control en el este de la República Democrática del Congo. Sin embargo, la sentencia no superó el examen de la apelación y Bemba fue a absuelto de todos los cargos, incluidos los de violencia sexual. Posteriormente, Bosco Ntaganda fue condenado también por crímenes sexuales mientras hizo parte de un grupo rebelde, también en el Congo.

Con Ongwen, la Corte acude una vez más a la teoría de la coautoría indirecta o mediata (*indirect co-perpetration*) para atribuirle los hechos de violencia sexual que materialmente fueron cometidos por miembros de la tropa o incluso por otros comandantes de su misma brigada (The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Sentencia de Juzgamiento, 2019, par. 852-857). La innovación en este caso es que esta modalidad de responsabilidad se extiende a todas las conductas de violencia de género cometidas por la tropa, y no solo las de naturaleza sexual.

De acuerdo con la Sala, la coautoría indirecta deriva de la interpretación del artículo 25(3)(a) del Estatuto de Roma, según el cual, un crimen puede ser cometido “con otro o por conducto de otro”. Según el razonamiento de la Corte, para que esta modalidad de autoría proceda, deben coexistir dos elementos objetivos y uno subjetivo con los cuales queda claro que el acusado “debe tener control sobre el crimen en virtud de su rol contribución esencial al mismo y el correspondiente poder de frustrar su comisión” (*The Prosecutor v. Dominc Ongwen*, 2021, par. 2787).

Elementos Objetivos	La existencia de un acuerdo o un plan común entre el acusado y una o más personas para cometer los crímenes o desarrollar las conductas que, en el curso ordinario de los eventos, resulta en la comisión de los crímenes.
	Control de los miembros del plan común sobre la persona o personas que ejecutan los elementos materiales de los crímenes a través de la subyugación de la voluntad de los perpetradores directos.
Elementos Subjetivos	Requisitos generales del artículo 30 del Estatuto. En particular, haber querido adelantar una conducta que constituía una contribución esencial para la consecución del plan común.
	Haber adelantado la ejecución material de los elementos materiales del crimen o haber sido consiente de que, en ejecución del acuerdo o plan común entre los coautores, y en el desarrollo ordinario de las circunstancias, habría resultado en la ejecución material de los elementos de los crímenes. (par. 2788).

Tabla 1. Elaboración propia con base en *The Prosecutor v. Dominc Ongwen*, febrero de 2021

La estrategia de acudir a la teoría de la coautoría mediata por control de aparatos jerárquicos y organizados de poder le ha merecido críticas a la Sala de Juzgamiento por ignorar otros modelos de responsabilidad individual también incluidos en el art. 25(3) del Estatuto. En particular, la teoría de la complicidad contenida en el art. 25(3)(b) y (d), la cual se desprende de tradiciones jurídico-penales en las que no hay distinción valorativa según el grado de participación de los autores y, por tanto, conciben la aplicación de responsabilidad penal individual en igual modo a todos los partícipes (Sliedregt, 2021).

En cualquier caso, y para lo relevante de este análisis, el estudio de las violencias sexuales y de género cometidas en contextos de atrocidad a gran escala al amparo de esta teoría es relevante por al menos dos razones. Primero, porque cimienta en la jurisprudencia de la CPI¹⁰ el entendimiento de que estas violencias no (necesariamente) son de propia mano. En cambio, avanza en el reconocimiento de que en ausencia de órdenes directas, cuando el miembro de una organización criminal con control o dominio del hecho estimula, promueve o simplemente tolera que se violente la autonomía sexual, reproductiva y de género de las víctimas, es tan autor como quien ejecuta la conducta materialmente. Segundo, porque da cuenta de su naturaleza deliberada e inextricablemente atada a las lógicas de dominación bélica en las que los guiones de exclusión y violencia patriarcal son un recurso para cumplir con los planes de la organización criminal (Díaz-Villamil, 2020).

En suma, la sentencia representa un avance en la comprensión de las dimensiones de género de las atrocidades, pues supera el análisis de la violencia sexual como forma exclusiva de violencia contra las mujeres en contextos que pueden ser objeto de su jurisdicción. Asimismo, amplía el horizonte tanto para la calificación jurídica de conductas potencialmente constitutivas de atrocidades basadas en género (por ejemplo, al crimen de *otros actos inhumanos*), y refuerza la comprensión de los diversos modos de autoría al amparo de los cuales dichas conductas pueden imputarse. Habiendo abordado *lo que la Corte dijo* en materia de género, en la sección que sigue reflexiono críticamente sobre *lo que no dijo*.

¹⁰ Así como ocurrió con la jurisprudencia de sus antecesores, principalmente los Tribunales Penales Internacionales de Ruanda y Yugoslavia, y en el Tribunal Especial para Sierra Leona.

4. Otros crímenes y (la ausencia de) enfoque de género

Dominic Ongwen fue condenado por otras dos series de crímenes que, como mencioné antes, corresponden a los ataques ejecutados en cuatro locaciones CDI en el norte de Uganda, y al reclutamiento y utilización de niños menores de 15 años, especialmente para participar en las hostilidades.

En cuanto a los crímenes cometidos durante los ataques, me interesa destacar particularmente los cuatro cargos correspondientes al crimen de lesa humanidad de persecución. La persecución es un crimen *sui generis* en el Estatuto de Roma por dos razones: (I) es un crimen que no tiene una conducta específica y que por tanto se alimenta de otras conductas descritas en el Estatuto; (II) es un crimen que incluye la intención y efecto discriminatorio sobre las víctimas como elemento material y subjetivo de la conducta al mismo tiempo.

Sin embargo, a pesar de ser uno de los más antiguos en la historia del derecho penal internacional,¹¹ la dificultad de dotarlo de un contenido específico ha hecho que en muy pocas ocasiones se haya utilizado como parte de las estrategias persecutorias contra personas procesadas por tribunales penales internacionales. En todo caso, esto no quiere decir que no haya sido relevante. En el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia (TPIAY), a falta de evidencia para avanzar en condenas por genocidio, se dejó establecido que existía persecución por razones étnicas y políticas en varios casos. Esta jurisprudencia sin duda contribuyó a avanzar en el entendimiento de este crimen y en su aplicación (Díaz-Villamil, 2020).

El Estatuto de Roma, siguiendo los pasos de sus antecesores directos (Ruanda y Yugoslavia), incluyó el crimen de persecución como un crimen de lesa humanidad cometido en contra “de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género [...], u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.” (Estatuto de Roma, 1998, art. 7(1)(h)). Sin embargo, no ha redundado en

¹¹ Incluido en la Carta de Londres o Carta constitutiva del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los crímenes cometidos por los países del Eje, art. 6(c).

estrategias de investigación penal que busquen esclarecer potenciales casos de persecución por género o por otras razones distintas a la motivación política (*The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Sentencia de Juzgamiento, 2019).

El caso de Ongwen comprueba la tendencia. Como expliqué al inicio de este artículo, en el corazón de la maquinaria de reclutamiento diseñada por Kony estaba la necesidad de reproducir a la tropa para que aquella avanzara con los propósitos nacionalistas con los que aquel soñaba. Justo por esa razón la Corte encontró que la evidencia señalaba la existencia de “un sistema elaborado de abuso a mujeres y niñas”, el cual era “mantenido conscientemente por la comandancia del LRA a través de acciones coordinadas” (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2021, par. 2098). Los matrimonios forzados han sido incluso considerados como un proyecto político intrínseco al despliegue bélico del LRA (Baines, 2014). Esta constatación, sin embargo, fue insuficiente para que la Corte encontrara probada la persecución por razones de género y de edad (contra niños, niñas y jóvenes). En cambio, por los cuatro ataques a los CDI, condenó a Ongwen por persecución por razones políticas contra “civiles percibidos por el LRA como afiliados con o como colaboradores del gobierno de Uganda”, a través de hechos como “ataques contra la población civil, asesinato, tortura, esclavitud y pillaje” (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2021, par. 3116).

De otra parte, en cuanto a los niños soldados, es importante mencionar que el LRA fue ciertamente pionero en “industrializar” la conscripción de niños para hacer la guerra. Esfuerzos por calcular la magnitud del fenómeno señalan que para 2006, cuando cesó la colaboración sudanesa con el LRA y se firmó el Acuerdo de Juba, más de 24.000 niños habían sido víctimas de reclutamiento forzado (Allen et al., 2020). Naciones Unidas por su parte considera que los niños y niñas abducidos y reclutados forzosamente serían entre 60.000 y 100.000 (Loyle et al, 2021).

Al respecto, si bien la Corte hizo un análisis extenso de la conscripción de niños para adelantar diversas labores, principalmente conducir las hostilidades, no mencionó nada respecto de los niños que, al ser víctimas del reclutamiento forzado, sufrieron también diversas formas de violencia de género —por el hecho de ser niños—, incluida la violencia sexual. Al igual que en los casos relativos a los ataques a los CDI y de violencia sexual

perpetrada por miembros de la tropa, la Corte identificó algunas víctimas de reclutamiento forzado en el transcurso del proceso, pero dejó claro que probablemente muchas más que no habían participado se involucrarían en la fase de reparaciones, habida consideración de la escala y dimensiones de las atrocidades cometidas por el LRA.

Así, pese a contar con testimonios de actos de violencia sexual cometidos contra antiguos miembros del LRA que, como Ongwen, habían sido reclutados forzosamente siendo menores de 15 años (Dolan, Fletcher y Oola, 2013), la Fiscalía descartó estos alegatos y no pidió la confirmación de cargos por actos de violencia sexual contra niños víctimas de reclutamiento forzado. A su turno, la Sala de Juzgamiento tampoco modificó la calificación jurídica de los cargos con lo cual dejó por fuera el análisis de la violencia sexual en el contexto del reclutamiento forzado.

Así, la Corte (entendida como una corporación que incluye a la Fiscalía y las diferentes salas) dejó dos grandes silencios en materia de género en esta sentencia. Primero, reconoció que los pobladores del norte de Uganda azotados por la violencia del LRA habían sido víctimas de persecución por razones políticas, pero no que las niñas y las mujeres lo habían sido por el hecho de serlo. Y segundo, hizo materialmente imposible el pronunciamiento sobre la violencia sexual cometida contra niños soldados como una forma de violencia de género específica en el contexto del reclutamiento forzado.

5. *Dominic Ongwen* como perpetrador políticamente complejo: una lectura feminista del binario víctima-victimario

La defensa de Dominic Ongwen se basó en la idea de que todas las atrocidades cometidas por el LRA, incluida la abducción de decenas de miles de niños y niñas, no podría recaer sobre los hombros de un antiguo niño soldado de esa misma insurgencia, cuya personalidad y rasgos psicológicos habían sido moldeados por ese ambiente opresivo. Por eso, solicitó a la Corte juzgarlo como si su condición de niño soldado no hubiese cesado con su mayoría de edad. Sin embargo, y a pesar de haberlas considerado como parte del contexto, las circunstancias que llevaron a Dominic Ongwen a conver-

tirse en líder de la Brigada Sinia del LRA¹² y por tanto a cometer crímenes atroces, no persuadieron a la Corte de aplicar las causales de exclusión de la responsabilidad penal contempladas en el artículo 31 del Estatuto de Roma.

En su análisis, la Corte estimó (I) que Ongwen no sufría de una perturbación mental que le impidiera entender las consecuencias de sus actos (art. 31.1, Estatuto de Roma), y tampoco una (II) coacción capaz de desviar su voluntad para cometer las conductas atribuidas a la Brigada que comandaba. Lo primero, porque el hecho de haber sido víctima de indecibles atrocidades no lo hacía *per se* portador de alteraciones cognitivas y padecimientos de salud mental que le impidieran distinguir el bien del mal y que, por el contrario, según los testimonios de antiguos miembros del LRA y de algunas de sus víctimas había demostrado que podía ser compasivo y brutal a conveniencia, según la circunstancia. Lo segundo, porque para la Corte no resultó persuasivo el hecho de que el adoctrinamiento y el violento entrenamiento ideado por Kony fuese razón suficiente para argumentar que Ongwen y otros comandantes del LRA estuviesen sometidos a una coacción espiritual tal que carecieran de voluntad total para actuar, y que por tanto se asimilara al estándar de coacción física requerido tradicionalmente bajo esta defensa del Estatuto de Roma.

Aunque en la sentencia la discusión sobre la doble condición de víctima y victimario de Dominic Ongwen se desarrolla principalmente en la sección sobre antecedentes del caso y se resuelve finalmente en el análisis de los argumentos presentados por su defensa, este asunto ha suscitado debates álgidos en la comunidad académica global. En las etapas tempranas del proceso, la cuestión estaba dividida en dos posturas (Sander, 2016): de un lado, quienes consideraban que Ongwen era uno entre miles niños soldados que sobrevivió los abusos del LRA navegando sus normas y haciéndose indispensable para la comandancia, con lo cual resultaría aberrante enjuiciarlo a él y no a quienes diseñaron y pusieron en marcha ese sistema, o a los miembros de las fuerzas armadas del gobierno de Uganda que cometieron indecibles atrocidades, entre ellas, dejar niños como el joven Ongwen a merced del LRA. De otro lado, quienes señalaban que, dada la magnitud de

¹² Una de las cuatro unidades militares de la insurgencia además de las brigadas Stockree, Gilva and Trinkle. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2021, par. 123.

las atrocidades del LRA, y de las que en particular se le atribuían a Ongwen, era indispensable garantizar su enjuiciamiento y castigo. Así, además, se aseguraría la centralidad de las víctimas del caso, así como la prevención de estos crímenes en el futuro. Hubo quienes, incluso, consideraron que el de Ongwen era un caso de fácil solución y que su historia de victimización podría ser entendida como “irónica y triste”, incluso “interesante”, pero irrelevante en el análisis de su responsabilidad penal internacional (Whiting, 2016).

Con el advenimiento de la decisión quedó claro que la Corte no “se distrajo” (Whiting, 2016) con los antecedentes de Ongwen y, al contrario, asumió la segunda postura: por más dolorosa que hubiese sido su experiencia de victimización, esta era una cuestión del pasado que no incidía en los cruentos crímenes que cometió como adulto. Así, la Corte se decantó por un análisis que, según la edad, separaba radicalmente al Ongwen víctima del Ongwen perpetrador: víctima de niño, en el pasado, y criminal de lesa humanidad y de guerra de adulto, desde los 18 años hasta el presente.

En principio, esta postura parece comprometerse con una lectura compleja sobre las atrocidades en tanto reconoce la agencia de sus víctimas para cometer contra otras personas las mismas conductas que experimentaron. Sin embargo, al promover la ruptura temporal antedicha, profundiza la distinción binaria que concibe como imposible la convivencia en un mismo individuo de las condiciones de víctima y de victimario. Y aunque su experiencia de victimización sirvió para que en la sentencia de imposición de pena se morigerara el tiempo que originalmente había solicitado la Fiscalía (de 30 a 25 años de prisión), lo cierto es que la sentencia de juzgamiento se convirtió en un mecanismo de negación de la condición presente de víctima de Ongwen, incluso con la constatación de que a lo largo del proceso aquél enfrentó dificultades para comparecer por sus padecimientos de salud mental (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2021, par. 110).

Aunque sobre esta cuestión se han adelantado muchos debates en el ámbito del derecho penal doméstico, la criminología crítica y en el propio derecho internacional, me interesa reflexionar sobre este binario desde la perspectiva feminista. Erin Baines, una de las más importantes estudiosas de la guerra en el Norte de Uganda, propuso hace varios años la categoría de *perpetradores políticamente complejos* para referirse al caso de Ongwen,

quien a su turno representa a “jóvenes que ocupan espacios extremadamente marginales en entornos de crisis crónica, [...] que utilizan la violencia como expresión de la agencia política” y que crecieron “[e]xcluidos de la comunidad política, o más bien sin haber sido socializados en ella” (Baines, 2009, p. 163)

En similar sentido, desde hace unos años hace carrera en los estudios sobre género, sexualidad y conflicto armado un llamado por *desesencializar* las subjetividades de género de los grupos e individuos que confluyen en contextos de guerra. Autoras como Dara Kay Cohen, Elisabeth Wood y Emilia Hoover-Green han llamado la atención sobre algunos de los saberes populares sobre la guerra cuya difusión solo contribuye a la profundización de prejuicios y estereotipos (Cohen, Green, & Wood, 2013). La circulación de consignas como “las mujeres y los niños son los que más sufren en las guerras” o “las mujeres son más pacíficas que los hombres” han permitido avanzar en agendas internacionales para la prevención, protección y remedio de la violencia contra las mujeres en los conflictos, así como en la demanda de su participación en procesos de transición política. Sin embargo, su repetición descontextualizada contribuye en el largo plazo a fijar identidades que son fácilmente controvertibles con evidencia, y dañinas para desmontar los estereotipos que profundizan la exclusión de las mujeres.

Una de dichas críticas se dirige contra la fijación de la identidad femenina en la guerra como siempre victimizada, frágil y pacífica. En contraste, múltiples estudios han mostrado como las mujeres pueden ser capaces de cometer las peores atrocidades o de recurrir a la violencia, sin que por ello dejen de ser concebidas como mujeres de acuerdo con los condicionamientos sociales y culturales que estructuran los órdenes de género que las rodean (Barrera Téllez, 2018; Darden, Henshaw y Szekely, 2019; Steflja y Trisko, 2020; Gowrinathan, 2021). Todas estas reflexiones claman por una mirada compleja sobre los individuos cuyas experiencias vitales son atravesadas por la guerra, lo cual supone superar las lecturas radicalmente binarias sobre sus subjetividades. Lo anterior contribuye a avanzar en conversaciones a nivel social, cultural y político sobre las causas que subyacen al recurso a la violencia más que en la reacción a sus efectos.

La pregunta que queda entonces es si el derecho penal internacional, o cualquier salida judicial penal establecida para lidiar con los legados de

atrocidades a gran escala, tiene o no la capacidad de abrazar esa mirada compleja. De momento, la rigidez del proceso combinada con la necesidad de ofrecer resultados que muestren que la Corte sí puede ser implacable en su lucha contra la impunidad, hablan elocuentemente a través de la sentencia de juzgamiento de Ongwen. La lección es que por lo menos por ahora, en el derecho internacional penal se es o víctima o perpetrador, pero no las dos a la vez.

Con todo, abrazar esa complejidad implicaría cuestionar los valores y objetivos que persigue la justicia penal internacional como receptora de las demandas de justicia globales contra las peores atrocidades, una cuestión que en principio le interesa a la empresa feminista que busca la emancipación de las mujeres a través del desmantelamiento de las causas o las raíces de su opresión. Sin embargo, como expongo en la sección de conclusiones, la celebración de la expansión del derecho internacional penal como lógica de comprensión de la violencia contra las mujeres y como mecanismo por excelencia para enfrentarla, pone a la lucha feminista internacional en una incómoda paradoja.

6. Conclusiones: una paradoja feminista y el refuerzo de los binarios

El derecho internacional ha evolucionado al compás de los reclamos feministas por el robustecimiento de los estándares relacionados con la persecución penal de diversas formas de violencia basada en género. La violencia sexual, y en particular aquella que se comete en el marco de conflictos armados, ha estado en el corazón de la lucha feminista internacional, que por demás ha sido muy exitosa en apelar a la indignación y el repudio de la comunidad internacional a esta forma paradigmática de violencia patriarcal.¹³

¹³ Nessiah, por ejemplo, se refiere al Feminismo Internacional del Conflicto (*International Conflict Feminism*) “como referencia abreviada a las iniciativas feministas destinadas a reforzar la respuesta del derecho internacional y del ámbito político a la experiencia de las mujeres en la guerra mediante medidas que amplíen el reconocimiento y la reparación de los daños sufridos, y una mayor inclusión de las mujeres en las medidas de justicia y paz que abordan los contextos de conflicto” (2018, pp. 290).

Dado que la apuesta feminista global para hacer frente a la violencia sistemática que enfrentamos las mujeres se ha concentrado primordialmente en las salidas punitivas, no es extraño que sea justo en el marco del derecho internacional penal que hayan tenido lugar los avances más significativos o “feministas” en este campo. En efecto, como explica Janet Halley, la intensa movilización del *Women’s Caucus for Gender Justice* y el protagonismo de feministas como Catherine MacKinnon durante la discusión del Estatuto de Roma tuvo como efecto la inclusión de la violencia sexual como una conducta potencialmente constitutiva de los tres grandes crímenes originales del Estatuto (Halley, 2008), es decir, genocidio (art. 6), lesa humanidad (art. 7) y guerra (art. 8). Otro tanto ocurre con los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, que poco más de veinte años después siguen observándose como los estándares más “feministas”, es decir, como los que mejor reflejan los reclamos del movimiento respecto de asuntos como la fuerza, el consentimiento, la coacción, la no confrontación con los perpetradores, la prohibición de revictimización y estigmatización, entre otros.

Siguiendo la misma línea, el derecho internacional de los derechos humanos también ha transitado por la ruta punitivista y los desarrollos en materia de violencia basada en género se han concentrado (aunque no exclusivamente) en reforzar las obligaciones de los Estados en materia de investigación, juzgamiento y sanción, es decir, en las obligaciones más “reactivas”. Para esos efectos, se ha consolidado un estándar conforme al cual los crímenes que se comenten contra las mujeres deben ser investigados con particular diligencia —debida diligencia reforzada—, lo cual implica, entre otras cosas, acudir al estudio detallado del contexto de discriminación y violencia que enfrentan las mujeres, mismo que informa las características y los modos en los que aquella se ejecuta (Convención Belém do Pará, 1994, art. 7).

Este panorama ha sido calificado por Karen Engle como el “grillete” de la violencia sexual en el derecho internacional (Engle, 2020). Engle emplea esta metáfora con el propósito de ilustrar que el recurso al derecho internacional de la lucha feminista para avanzar en la emancipación de las mujeres víctimas de conflictos armados ha impedido el desarrollo de estándares robustos para su protección más allá de la cuestión de la violencia sexual y

más enfocados en las causas estructurales que las exponen a dicha forma de violencia, pues quienes han abogado por su centralidad a través de un feminismo carcelario o de *sesgo estructural* han “apresado” las instituciones internacionales encargadas de su desarrollo.

Aunque en este escrito no me corresponde calificar como justa o injusta la propuesta interpretativa de Engle sobre el movimiento feminista dominante en el derecho internacional, su preocupación es útil para pensar en la sentencia del caso de Ongwen, que a la luz de esta reflexión supone una paradoja: por un lado, con esta sentencia, el derecho internacional penal consolida su posición vanguardista en el estudio de las cuestiones de género en el derecho internacional, esta vez por la expansión de las categoría jurídico-criminales para la calificación de las conductas y la consolidación de alternativas de autoría más allá de la perpetración directa. De otro lado, al expandir estas formas de comprensión, se expande también el tamaño del grillete, es decir, el grillete de la pulsión punitiva en la que el derecho penal opera como la estrategia prioritaria para atender y enfrentar la violencia que se comete contra las mujeres en diversos contextos. Me parece que vale la pena preguntarse si la vía del derecho penal —internacional— liberal, aquella que la joven Catherine MacKinnon concebía como inviable para un proyecto de reforma legal feminista por su pretensión de neutralidad y su mirada excepcionalista de la violencia contra las mujeres (MacKinnon, 1983), es genuinamente la que el movimiento feminista internacional quiere seguir transitando para erradicar la matriz sexista que, como dice Alda Facio, es constitutiva y no una aberración del derecho (Facio, 2000).

De otro lado, y para ahondar en mi propia contradicción frente a esta paradoja punitiva, aunque la Corte parece avanzar en una mirada más comprensiva (y compleja) de las dimensiones de género que tienen las atrocidades, a mi juicio, propone una lectura binaria de la guerra que es peligrosa en dos asuntos. El primero, es la idea según la cual la violencia sexual es una forma de violencia de género paradigmática y exclusivamente ejercida en contra de las mujeres.¹⁴ Con ello desconoce un trabajo significativo en el que ya había avanzado el TPIAY (*inter alia*, The Prosecutor

¹⁴ De momento cisgénero pues la Corte no se ha pronunciado sobre casos relacionados con mujeres trans o personas no binarias.

v. Dusko Tadic, 1997) y el propio Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU, 2019, par. 32). Ambos estamentos han reconocido en varias oportunidades que la violencia sexual puede afectar a hombres y niños, y que es por razones de género que en general deben enfrentar las consecuencias de forma solitaria y en silencio, pues el estigma de los hombres violentados sexualmente conduce al reforzamiento de estereotipos homosexistas que pueden aumentar su vulnerabilidad frente a otras violencias.

El segundo, es la mirada binaria sobre la victimización del perpetrador. Como dije antes, pareciera que la sentencia propone una lectura reflexiva y compleja sobre la victimización pues establece que, si bien Ongwen sufrió de parte del LRA muchas atrocidades, eso no lo excusa eternamente por las atrocidades que él cometió. Así, este caso marca un precedente importante pues parece reconocer la complejidad de las subjetividades que produce una guerra, que exceden y por mucho la tentación dicotómica del derecho penal. Sin embargo, la división tajante entre la niñez y la adultez de Ongwen muestra que la Corte no puede concebir un sujeto que en el presente es a la vez víctima y victimario.

La Corte no parece tener reparos en reconocer que Ongwen fue víctima en el pasado. Tampoco tiene objeciones en condenarlo como un victimario en el presente, reduciendo su condena por esos hechos que sufrió antes. Lo que no parece admitir es que en la actualidad Ongwen siga siendo esas dos cosas y tal vez mucho más (un individuo influenciado por los espíritus de Kony, por ejemplo). Esa testarudez es reflejo de una de las grandes paradojas del derecho internacional penal como alternativa de justicia global: es la vía que la comunidad internacional seleccionó al término de la Segunda Guerra Mundial para conjurar los efectos sociales/políticos de las más terribles atrocidades, y es, al tiempo, el más limitado de los discursos para abrazar la complejidad de las subjetividades que produce la atrocidad y la guerra.

Bibliografía

- Allain, J. (2021). *Amicus Curiae Observations on the issue of Sexual and Gender-based Crimes: Sexual Slavery & Forced Marriage*. La Haya: Corte Penal Internacional.
- Ardila, M., Ibáñez, M. C., Fernández-Paredes, T., Kravetz, D., SáCouto, S. y Seoane, D. (2021). *Amici Curiae Observations on Sexual- and Gender-Based Crimes, Particularly Forced Pregnancy, and on Standards of Proof Required for Sexual and Reproductive Violence Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence*. La Haya: Corte Penal Internacional.
- Armitage, C. (2015). The residuals of colonial rule and its impact on the process of racialisation in Uganda. *CERS Working Paper*, 1-11. Obtenido de: <https://cers.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/97/2016/04/The-residuals-of-colonial-rule-and-its-impact-on-the-process-of-racialisation-in-Uganda-Colette-Armitage.pdf>
- Ashraph, S., Barbour, S., Campbell, K., Kather, A. L., Kestenbaum, J. G., Marcus, M., . . . Yang, H. (2021). *Observations on Sexual- and Gender-Based Crimes, Particularly Sexual Slavery, and on Cumulative Convictions Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence*. La Haya: Corte Penal Internacional.
- Baines, E. K. (2009). Complex political perpetrators: reflections on Dominic Ongwen. *The Journal of Modern African Studies*, 47(2), 163-191.
- Baines, E. K. (2014). Forced Marriage as a Political Project: Sexual Rules and Relations in the Lord's Resistance Army. *Journal of Peace Research*, 51(3), 405-17.
- Baines, E., Brouwer, A.-M. d., Bunting, A., Volder, E. d., Maloney, K. M., O'Brien, M., . . . Rosenthal, I. (2021). *Amici Curiae Brief on Forced Marriage*. La Haya: Corte Penal Internacional.
- Cohen, D. K., Green, A. H., & Wood, & E. (2013). *Wartime Sexual Violence: Misconceptions, Implications, and Ways Forward*. *Special Report, United States Institute of Peace*. Obtenido de: <https://www.usip.org/sites/default/files/wartime%20sexual%20violence.pdf>

- D. Villamil, M. D. (2020). *Los órdenes del prejuicio: los crímenes cometidos sistemáticamente contra personas LGBT en el conflicto armado colombiano*. Bogotá: Colombia Diversa.
- Darden, J. T., Henshaw, A., & Szekely, O. (2019). *Insurgent Women: Female Combatants in Civil Wars*. Washington D.C: Georgetown University Press.
- Dolan, C., Fletcher, L. E., & Oola, S. (2013). *Promoting accountability for conflict-related sexual violence against men: a comparative legal analysis of international and domestic laws relating to IDPs and refugee men in Uganda*. Kampala & Berkeley: Refugee Law Project & Berkeley Law School.
- Engle, K. (2020). *The Grip of Sexual Violence in Conflict: Feminist Interventions in International Law*. Stanford, California: Stanford University Press.
- Facio, A (2000). Hacia otra teoría Crítica del Derecho. En Herrera, G. (coord.). *Las fisuras del patriarcado, reflexiones sobre feminismo y derecho* (pp. 15-45). Quito: FLACSO-Ecuador –CONAMU.
- Gowrinathan, N. (2021). *Radicalizing Her: Why women choose violence?* New York: Beacon Press.
- Grey, D. R., Center, G. J., Justice, W. I., y International, A. (2021). Amici Curiae Observations on the Rome Statute's definition of 'forced pregnancy' by Dr Rosemary Grey, Global Justice Center, Women's Initiatives for Gender Justice and Amnesty International. La Haya: Corte Penal Internacional.
- Halley, J. (2008). Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law. *Michigan Journal of International Law*, 30(1), 1-123.
- Lomo, Z., y Hovil, L. (2004). Behind the violence: Causes, Consequences and the Search for Solutions to the War in Northern Uganda. *Kampala: Refugee Law Project*. Obtenido de: https://refugeelawproject.org/files/working_papers/RLP.WP11.pdf
- Lomo, Z. y Hovil, L. (2004). Behind the Violence: The War in Northern Uganda. *Kampala: Refugee Law Project*. Obtenido de: <https://www.files.ethz.ch/isn/118335/99%20FULL.pdf>
- Loyle, C. E., Dacan, N., Nkayimbi, S., Oroma, A., & Ogora, L. (2021). *Justice during the War with the Lord's Resistance Army in Uganda*. Oslo: PRIO.

- Lwanga-Luyiigo, S. (1987). The colonial roots of internal conflict in Uganda. International Seminar on Internal Conflict. *Kampala: Makerere University Institute of Social Research & International Alert*, 1-37.
- MacKinnon, C. (1983). Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward a Feminist Jurisprudence. *Signs: Journal of Women, Culture and Society*, 8(4), 635-658.
- Nesiah, Vasuki (2018). Gender and Forms of Conflict: The Moral Hazards of Dating the Security Council. En Aoláin, F. N., Naomi Cahn, Haynes, D. F. and Valji, N. (eds.). *The Oxford Handbook of Gender and Conflict* (pp. 288-301). Oxford: Oxford University Press. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199300983.013.23
- Sander, B. (2016). We Need to Talk About Ongwen: The Plight of Victim-Perpetrators at the ICC. *Justice in Conflict*. Obtenido de: <https://justiceinconflict.org/2016/04/19/we-need-to-talk-about-ongwen-the-plight-of-victim-perpetrators-at-the-icc/>
- Sliedregt, E. V. (2021). The ICC Ntaganda Appeals Judgment: The End of Indirect Co-perpetration? *Just Security*. Obtenido de: <https://www.justsecurity.org/76136/the-icc-ntaganda-appeals-judgment-the-end-of-indirect-co-perpetration/>
- Steflja, I., & Darden, J. T. (2020). *Women as War Criminals: Gender, Agency, and Justice*. Stanford: Stanford University Press.
- Téllez, A. M. (2018). Mujeres excombatientes y transformación de conflictos: paradojas de la construcción de la paz en la lucha armada. *La Manzana de la Discordia*, 21-39. DOI: <https://doi.org/10.25100/lamanzanadeladiscordia.v13i2.6730>
- Tim Allen, J. A. (2020). What Happened to Children Who Returned from the Lord's Resistance Army in Uganda? *Journal of Refugee Studies*, 33(4), 663-683.
- Whiting, A. (2016). There is Nothing Extraordinary about the Prosecution of Dominic Ongwen. *Justice in Conflict*. Obtenido de: <https://justiceinconflict.org/2016/04/18/there-is-nothing-extraordinary-about-the-prosecution-of-dominic-Ongwen/>

Legislación

- Asamblea de Estados Parte (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas. (2019). Resolución 2467. 23 de abril: S/RES/2467 (2019)
- Organización de Estados Americanos (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres. Belém do Pará.

Fallos

- The Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-T (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia 7 de mayo de 1997). Obtenido de: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>
- The Prosecutor v. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07 (Corte Penal Internacional 7 de marzo de 2014).
- The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08 (Corte Penal Internacional 21 de marzo de 2016).
- The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Sentencia de Juzgamiento, ICC-01/04-02/06 (Corte Penal Internacional, Sala de Juzgamiento 8 de Julio de 2019).
- The Prosecutor v. Dominc Ongwen - Sentence, ICC-02/04-01/15 (Corte Penal Internacional 6 de mayo de 2021).
- The Prosecutor v. Dominc Ongwen, ICC-02/04-01/15 (International Criminal Court 4 de febrero de 2021).
- The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15 (Corte Penal Internacional 28 de febrero de 2022). Obtenido de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Transcripts/CR2022_01750.PDF

Sección III

**DISCUSIONES:
LIBROS**

Sin convicciones sobre el futuro. Una observación a “Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso” de Jordi Ferrer a propósito de la prueba cautelar

No Convictions about the Future. Remarks on “Evidence without conviction: standards of evidence and due process” by Jordi Ferrer regarding precautionary evidence

Jonatan Valenzuela*

Recepción: 06/12/2021

Evaluación: 26/03/2022

Aceptación final: 13/04/2022

Resumen: El trabajo se enfoca en analizar la propuesta de formulación de estándares probatorios realizada por Jordi Ferrer en el año 2021, de cara a la comprensión de las decisiones judiciales en el ámbito cautelar. Se busca provocar una discusión relativa al uso del arsenal teórico de la teoría racional de la prueba, en el contexto de la producción de resoluciones judiciales que adjudican una solicitud cautelar. Se analiza el contexto probatorio cautelar, la necesidad de enfrentar y resolver acerca del futuro, así como la producción de errores del ámbito cautelar como la relación entre el error cautelar y los errores denominados de fondo en el procedimiento.

Palabras clave: prueba; estándares de prueba; razonamiento cautelar.

* Doctor en Derecho, Universitat de Girona, España. Profesor Asociado de Derecho Procesal, Universidad de Chile, Santiago de Chile. Correo electrónico: jvalenzuela@derecho.uchile.cl. El presente trabajo se inserta en el proyecto Fondecyt Iniciación n° 11190442, “La arquitectura probatoria del derecho de daños”.

Abstract: The work focuses on analyzing the proposal of evidentiary standards made by Jordi Ferrer in the year 2021, with a view to understanding judicial decisions in the precautionary field. It seeks to provoke a discussion regarding the use of the theoretical arsenal of the rational theory of evidence, in the context of the production of judicial resolutions adjudicating a precautionary request. The precautionary evidentiary context is analyzed, as well as the need to face and resolve the future, as well as the production of errors in the precautionary field, such as the relationship between the precautionary error and the errors called substantive in the procedure.

Keywords: evidence; standard of proof; precautionary reasoning.

1. Introducción

La teoría racional de la prueba se ha desarrollado de una manera casi sorprendente en los últimos diez años. A pesar de la inercia que existe en la academia procesal sobre los problemas probatorios, es claro que muchas ideas que han sido parte de la agenda intelectual de los teóricos racionales han permeado las discusiones en diversas latitudes.¹

En el ámbito hispanoamericano sin duda el trabajo de Ferrer ha sido esencial. Esa esencialidad se refleja en la publicación de “Prueba sin convicción, estándares de prueba y debido proceso”.

Por cierto, el libro es un complemento perfectamente diseñado para las obras “Prueba y verdad en el Derecho” (originalmente publicado en 2003) y “La valoración racional de la prueba” (2007). No es poco decir de un autor que pueda mantener una cierta consistencia en tantos años de vida y de debates académicos. Sin duda, estamos ante una obra en sentido estricto puesto que es posible reconocer un ideario defendido por Ferrer cada vez con mayor acuciosidad y precisión.²

¹ Sin dudas el mejor trabajo sobre el estado y la expansión de la teoría racional de la prueba es el publicado por Accatino (2019).

² Véase Ferrer (2005; 2007). Ambos libros marcaron una agenda en torno a la teoría racional de la prueba en el ámbito hispanoamericano. Es clara la influencia de los trabajos de Ferrer

Nada de esto quita que el potencial mayor de este trabajo es, sin duda, la discusión de los detalles de una teoría de la prueba y en particular de una comprensión sobre la formulación de estándares de prueba.

En este trabajo, en sentido estricto, no pretendo discutir de fondo al autor. Creo que las ideas de Ferrer se defienden por sí mismas con solvencia y creo que el ejercicio académico más honesto que puede hacerse con este trabajo es el de “empujar” las tesis ofrecidas a campos que parecen relevantes para la articulación de una amplia teoría racional de la prueba.

En este caso me parece que el ámbito de la justificación de las llamadas “medidas cautelares” puede resultar importante desde un punto de vista puramente teórico como desde un punto de vista pragmático. El punto de vista teórico más relevante, a mi juicio, está constituido por la necesidad en la que los tribunales se encuentran, cuando resuelven solicitudes cautelares, de hablar acerca del futuro. Es el clásico problema en torno a la idea de peligro en materia procesal.

Creo que existe también una dimensión pragmática en la que esta discusión es relevante. El uso de medidas cautelares es central en el trabajo cotidiano de los tribunales de justicia en el ámbito hispanoamericano. Las discusiones sobre eficiencia y sobre racionalidad de diversos procedimientos pasan persistentemente por las condiciones bajo las cuales los jueces deciden solicitudes cautelares. Creo que esta óptica pragmática puede ser nutrida con un punto de vista básico de la obra de Ferrer: allí donde existan pretensiones de racionalidad debe entenderse concurrente un escenario probatorio. Solo de este modo podrán satisfacerse de un modo efectivo las exigencias vinculadas al debido proceso.

2. Los estándares de prueba en etapas intermedias

La construcción de estándares de prueba constituye el desafío más importante de una articulación o comprensión racional de la actividad judicial conforme con las premisas existentes en el trabajo de Ferrer. Desde hace

en el estado de la discusión latinoamericana sobre justificación de la premisa fáctica, puede consultarse el ya mencionado trabajo de Accatino al respecto.

varios años la doctrina de la llamada teoría racional de la prueba ha puesto el acento en la necesidad de construir una comprensión del proceso que sea compatible con la existencia de estándares probatorios objetivos que permitan el control intersubjetivo de la decisión judicial.³

Este cometido ha supuesto un intento muy extendido por responder a la pregunta sobre los modos de construcción de estándares probatorios y sobre la manera en que debemos entender el contenido de estas reglas. En gran medida, este es el objetivo del trabajo de Ferrer: ofrecer un intento completo de respuesta a las preguntas esenciales relativas a la formulación de estándares de prueba.⁴

En esa empresa no es extraño que el autor advierta que esta clase de reglas resulten consustanciales al escenario de toda exigencia de justificación racional. Así, ya en una nota al pie Ferrer reconoce que:

En todo caso, vale la pena recordar que esos tres momentos o fases no solo se presentan a nivel macro, teniendo en cuenta todo el proceso y concluyendo con la sentencia final, sino también respecto de otras decisiones intermedias, como por ejemplo las medidas cautelares. (Ferrer, 2021, p. 22, n. 11)

Creo que este pasaje puede ser interpretado como una muestra de conciencia sobre los campos múltiples en los que las exigencias del razonamiento probatorio se despliegan. En todo proceso judicial podemos encontrar diversos contextos probatorios que probablemente exijan formular estándares también diversos.

Quisiera poner a prueba el rendimiento de la tesis de Ferrer en el campo de lo que creo podemos llamar “el razonamiento cautelar”. Creo que este asunto puede ser teóricamente importante: me parece que, en el trabajo de Ferrer, como suele pasar, el acento de la formulación de estándares probatorios mira con intensidad al pasado. Es posible reconocer en el trabajo del autor una comprensión marcadamente retrospectiva en la construcción de

³ A modo ejemplar para el caso del proceso penal puede consultarse el trabajo de Laudan (2005, pp. 99-101).

⁴ Una visión interesante a este respecto ha sido ofrecida por Coloma (2016).

la premisa fáctica y esa comprensión no es del todo pacífica u obvia cuando hablamos de decisiones cautelares.

En algún sentido, la corroboración como acción típica de la prueba jurídica ha sido vista como un ejercicio de indagación desde el presente hacia el pasado. Los enunciados acerca de los hechos del caso permitirían “reconstruir” la realidad en un contexto lingüístico determinado. De esta manera podemos explicar la tendencia por comprender la actividad probatoria como un ejercicio de reconstrucción de narraciones acerca del pasado.

Entenderé por “razonamiento cautelar” al ejercicio desplegado por los jueces en el proceso de justificación racional de las decisiones intermedias llamadas “cautelares” o “medidas cautelares”. Me refiero a aquellas decisiones procesales accesorias e instrumentales al objeto principal del juicio, que son adoptadas atendiendo a criterios tales como el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Me parece que el razonamiento práctico general admite una dimensión de “cautela”, en la que resulta relevante tener en cuenta que en ocasiones se enfrentan decisiones que se justifican con independencia de la decisión de fondo o definitiva.

En el campo jurídico estas decisiones de emergencia, instrumentales a fines procedimentales, suelen tomar la forma de la llamada “tutela cautelar”.

Las medidas cautelares son una manifestación de esta clase de tutela y suelen acompañarse del reconocimiento de la urgencia de ciertos intereses en un contexto del procedimiento. Es decir, parecen describir un escenario particular de decisión judicial en la que debe justificarse el cuidado de un interés jurídicamente relevante sin pretensiones de “definitividad”.⁵ Así visto, tendríamos, por una parte, el escenario de la decisión judicial “de fondo” y, por otro lado, el escenario de la decisión judicial “urgente”. Cada uno de esos contextos necesita ser observado desde el punto de vista probatorio.⁶

Creo que los argumentos expuestos por Ferrer pueden ser útiles en el contexto del establecimiento de criterios probatorios en ese ámbito. Este ejercicio supone superar los clásicos eufemismos en materia de análisis

⁵ La idea de definitividad suele asociarse a la noción de “cosa juzgada”. Este es el modo más común de entender la pretensión de inamovilidad de las sentencias, véase sobre este asunto Ezurmendi (2021).

⁶ Existe una relación, por tanto, entre error de fondo y error cautelar, volveremos sobre este asunto al final del trabajo.

de las medidas cautelares. Es decir, a pesar de que en muchos sistemas jurídicos se suele asociar la decisión cautelar, a elementos “diversos a la prueba” es decir, a antecedentes, datos e información sobre los hechos que no serían estrictamente “pruebas”, creo que se trata de una idea errónea: la prueba concurre donde concurren exigencias de racionalidad y verificación de una premisa de hecho.

En parte, creo que esta clarificación nos permitiría abordar con mayor precisión el problema central del uso de las medidas cautelares, las que sin sujeción a criterios de control intersubjetivos no pueden superar las exigencias del debido proceso tornándose arbitrarias y misteriosas de cara a los justiciables y los abogados.⁷

Como he dicho, no quisiera proponer una visión crítica del trabajo de Ferrer, sino que pretendo ensayar una proyección de los requisitos metodológicos propuestos por Ferrer en el campo cautelar. Creo que el primer paso para una teoría de la prueba del ámbito cautelar debe diseñarse de manera general, es decir, teniendo en cuenta la estructura general de las medidas cautelares civiles, penales o de cualquier ámbito y por tanto su correlación con los supuestos teóricos construidos para la formulación de estándares probatorios.

Así las cosas, utilizaré los presupuestos metodológicos expuestos por Ferrer para dar forma a la exploración sobre condiciones probatorias del ámbito cautelar.

3. Capacidad explicativa de los datos

La capacidad explicativa de los datos supone formular un juicio sobre el sentido de la información disponible en el contexto del razonamiento acerca de los hechos.

Los datos probatorios son vestigios acerca del mundo de los fenómenos físicos. El razonamiento probatorio supone verificar el nivel de confianza depositado en una narración, es decir, en un contexto puramente semántico.

⁷ Sobre la conceptualización de debido proceso puede consultarse Carbonell y Leletier (2020, pp. 347-380).

Los datos deben ser revisados a la luz de algún criterio que lleve la indagación sobre los hechos y que depende, en gran medida, de la existencia de un umbral que dote de sentido a la decisión sobre los hechos. El trabajo de Ferrer es un trabajo que se aboca a la formulación de un criterio que guía la evaluación de una narración probatoria, este criterio conocido como estándar probatorio, debe permitir cierta organización relativa a los niveles o grados de confianza que el conocimiento acerca de los hechos permite en el contexto judicial.

Los grados de confianza no hacen referencia al conocimiento “empírico” sino que hacen referencia al nivel de confirmación de los enunciados que componen la narración del caso, en sentido probatorio.

El debido proceso, en alguna medida, es un modo de construir una expectativa jurídicamente relevante en torno al ritual de la justicia sobre todo cuando esta se trata de definir los niveles de confianza colectivamente aceptados para sostener que un enunciado acerca de los hechos es verdadero.

La tutela cautelar es un ejercicio jurisdiccional que se encuentra dentro del marco de las expectativas que surgen de la noción de debido proceso. De este modo resulta evidente que toda medida cautelar debe sujetarse a las exigencias de racionalidad propias de toda decisión racional construida sobre la idea de “confianza” en los datos disponibles para confirmarla.

Por más que ciertas legislaciones e incluso alguna doctrina se esfuerzan en intentar conciliar las exigencias del debido proceso a un escenario de decisión judicial desprovisto de los marcos analíticos de la teoría de la prueba, es claro que para adoptar una medida cautelar existen datos, medios, vestigios o evidencias que pueden justificar la decisión cautelar.

El principal cometido en el primer paso metodológico destacado por Ferrer es excluir criterios subjetivos para la decisión. Esto debe ser interpretado como un llamado a la estricta racionalidad de las decisiones procesales, y con ello también de las decisiones sobre cautela.

De esta manera, deberíamos desterrar del campo de las decisiones procesales al convencimiento psicológico del juzgador: del convencimiento psicológico del juzgador sobre p no se infiere nada sobre la verdad de p ni tampoco del grado de corroboración que las pruebas aportan a p .

Por cierto, no se trata de negar la relevancia de la subjetividad en el sentido de mecanismos de acción atribuibles a un individuo, sino de dejar

de lado el mundo de los pensamientos injustificados, es decir, dejar de lado la construcción de decisiones sin control, para reemplazarlo por un escenario objetivamente determinado el campo de la prueba de los hechos.

Así, se trata de reconocer dos ejercicios fundamentales:

- a) ¿Es posible inferir lógicamente la verdad de los enunciados que pretenden justificar la medida cautelar?
- b) ¿Cuál es el grado de corroboración que las pruebas otorgan a la hipótesis que justifica la cautela?

El primero de los puntos mira al establecimiento de conclusiones justificadas desde el punto de vista lógico que permitan afirmar una relación entre los datos o vestigios disponibles y la verdad, en sentido semántico, que podemos asociar a esas conclusiones. Como he apuntado antes, no se trata de una afirmación “empíricamente comprometida”, sino de una afirmación que vincula la existencia de propiedades típicamente lingüísticas a un fenómeno de verdad como correspondencia.⁸

El segundo de los puntos mira al nivel exacto de confirmación que surge de la existencia de un criterio que establece un umbral probatorio con el establecimiento de conclusiones justificadas en el primer sentido. Esto quiere decir que el segundo de los puntos define el destino de una decisión en términos probatorios y por tanto queda también determinado por la necesidad de reconocer una cierta “fisonomía” de la decisión de la que se trata.

En materia cautelar, la decisión judicial se encuentra en posición de enfrentar expectativas “urgentes” y, por tanto, debe construirse como una decisión justificada pero que además responda de manera rápida a la necesidad de tutela judicial. En este sentido, es una clase de decisión urgente que asume una cierta tipología de error probatorio. Ese error probatorio queda definido por la concurrencia de márgenes de incertidumbre propios de la admisión de enunciados probatorios “prospectivos”. Es decir, narraciones relativas a eventos que no han ocurrido por que se encuentran en el futuro.

⁸ Sobre las diversas teorías de la verdad puede consultarse Nicolás y Frápolli (1997).

El futuro, como objeto del razonamiento humano, no resulta pacífico en tanto escenario para desplegar inferencias probatorias que justifiquen conclusiones en el ámbito de la decisión judicial. Es posible pensar que, en algún sentido, los hechos situados en el futuro, en realidad, no son hechos. La fenomenología de los eventos parece suponer un compromiso relativo al “efectivo acaecimiento” del objeto de nuestra experiencia.

En materia de tutela cautelar, es claro que una serie importante de hipótesis de hecho que justifican la acción judicial se encuentran situadas en el futuro. Esto implica, que los jueces deben razonar con una matriz que les obliga a entender “los hechos” como situaciones que a pesar de que no han ocurrido, pueden conocerse con el mismo grupo de razones con las que se conoce el pasado. El futuro es incierto. Esto quiere decir, que, en algún sentido, el futuro no está compuesto por eventos que podamos “conocer”.

La distinción entre experiencia y conocimiento permitiría, entonces, que asumamos que es posible conocer y, por tanto, justificar decisiones, relativas a enunciados que aluden a hechos que no han ocurrido.

La experiencia, por una parte, y conocimiento por otra, parecen también vincularse a la efectiva existencia de los eventos que sean objeto de nuestro razonamiento. Esto querría decir que la experiencia siempre y en todo caso depende de la efectiva realización de hechos en el mundo natural (incluyendo de este modo hechos propiamente de la naturaleza como hechos atribuibles a agentes). El conocimiento a la experiencia. En materia de prueba lo que puede conocerse, en realidad son enunciados y no fenómenos. Esto permitiría entonces, superar la atadura impuesta por la efectiva realización de los eventos al razonamiento probatorio, Y permitiría, entonces, que asumamos que es posible conocer y, por tanto, justificar decisiones, relativas a enunciados que aluden a hechos que no han ocurrido.

Entonces la pregunta, fundamental en el contexto de las decisiones judiciales, es cómo los datos disponibles en un acervo probatorio propiamente cautelar podrían justificar una decisión en la que de algún modo se afirma que es posible confiar en un enunciado que alude a un evento que no ha ocurrido. Con ciertos matices, esto ocurre a propósito de la noción de “peligro”, que se encuentra presente en el ámbito de la cautela civil como en el ámbito de la cautela penal. El peligro relativo a la distrac-

ción de bienes, o el peligro relativo a la fuga del imputado, el peligro de burlar la efectiva ejecución de la sentencia en materia civil o el peligro de manipular y destruir evidencias tanto en el ámbito civil como penal obliga a los jueces a ofrecer argumentos controlables sobre la capacidad de los datos del presente de confirmar la existencia de un evento en el futuro. Esto es particularmente problemático si se asume, como suele ocurrir, que el razonamiento probatorio en realidad permite ofrecer conclusiones basadas en modelos de probabilidad fenoménica o relativa a eventos y no en modelos de probabilidad relativos al grado de confirmación de enunciados sobre hechos.⁹

Creo que es intensamente importante, entonces, asumir que la fisonomía de la decisión cautelar es capaz de “presionar” el sentido de los datos disponibles, permitiendo al juez usarlos como vestigios que sirvan para confirmar enunciados sobre hechos no acaecidos. Es posible, que en este ámbito lo que los jueces enfrentan, de manera corriente, sea la identificación de patrones o frecuencias de eventos. Las frecuencias aluden a “cadenas” o “relaciones” entre eventos que permiten, en algunos casos, anticipar acaecimientos.

Esa anticipación, pasada la información existente, probablemente sea lo más cercano a un modelo de razonamiento probatorio que sea capaz de aludir a eventos futuros. El futuro es imposible de controlar porque es incierto, y porque en realidad no está compuesto de “eventos”. Los hechos del mundo natural no son en realidad objeto de razonamiento probatorio. Por lo tanto, el razonamiento esperado para los jueces del ámbito cautelar es un razonamiento intensamente comprometido con una visión “semántica” de la verdad. La decisión cautelar, debe justificarse siempre y en todo caso, en la construcción de una premisa de hecho, y esta premisa debe enfrentar el desafío de resolver el puzle de la existencia de frecuencias construidas con enunciados lingüísticos que permitan confirmar razonablemente la existencia de un patrón, que permita a su vez sostener que está justificado esperar que un evento se produzca en el futuro.

⁹ Esta discusión es muy clara en el ámbito cautelar penal, una propuesta de estándar probatorio en ese campo puede consultarse en Valenzuela (2018).

4. Umbral de suficiencia

Una de las funciones centrales del estándar de prueba es determinar un umbral de suficiencia probatoria de manera de definir un criterio que permita el control de la decisión. Solo es posible realizar un control efectivo sobre las decisiones judiciales, en la medida que pueda conocerse el límite exacto a partir del cual el tribunal puede declarar una hipótesis de hecho (globalmente considerada) probada.¹⁰

Sería discutible que estemos ante un proceso propiamente dicho si no podemos identificar el criterio de suficiencia probatoria, que define a la actividad de incluir, valorar y decidir acerca de los hechos en el contexto judicial. Es un lugar común en la doctrina sobre prueba sostener que una demanda mínima de racionalismo y control intersubjetivo de la decisión depende de la formulación de una regla de estándar de prueba. Esa formulación, entre otros, debe ser capaz de ofrecer un umbral, esto es, debe descifrar con claridad cuánta evidencia es necesaria y qué tipo de evidencia es suficiente para justificar una decisión.

En el ámbito cautelar esto es interesante. La decisión cautelar requiere el establecimiento del umbral de suficiencia relativo a la concurrencia de datos que permitan confirmar, en un nivel aceptable, la justificación de la decisión judicial que por ejemplo supone afectar bienes o intereses personales de las partes en un procedimiento.

Como hemos sostenido anteriormente, a diferencia de lo que ocurre corrientemente en las sentencias “de fondo” existe una sección de la decisión cautelar que obliga a razonar sobre el futuro: el peligro de acaecimiento de un hecho que no ha tenido lugar.

La decisión cautelar entonces tiene al menos dos dimensiones: de un lado, existe razonamiento probatorio vinculado a datos disponibles a medios probatorios que se dirigen a la confirmación de los enunciados propiamente cautelares constituyendo estos un “caso en sí mismo”. De otro

¹⁰ Es conocido el esquema de Ferrer a partir del cual puede distinguirse entre etapa de inclusión de evidencias, etapa de maduración de evidencias, y etapa de decisión propiamente tal. Es en esta última etapa en la que se necesita una regla que permite definir a la decisión relativa a los hechos del caso. Véase Ferrer (2007).

lado, existe una dimensión en la que estos datos existentes deben permitir corroborar una hipótesis sobre eventos situados en el futuro. Como hemos apuntado, el futuro es incierto, es desconocido, no está compuesto por eventos en el sentido en el que habitualmente asumimos que existen esos eventos de cara al razonamiento probatorio en materia judicial. Sin embargo, sabemos también, que la existencia de enunciados capaces de aludir a dimensiones de la realidad situadas en el futuro nos permite sostener también, que los márgenes de racionalidad esperados en el procedimiento se vinculan en realidad, a la confirmación semántica de las aproximaciones disponibles acerca de la realidad.

Si observamos este fenómeno desde la óptica de la intensa vinculación de la prueba como actividad de confirmación de enunciados, podremos advertir que el desafío impuesto a la labor judicial en el ámbito cautelar permite clarificar las coordenadas del razonamiento probatorio en su conjunto. La noción de verdad admitida en el campo de las discusiones jurídicas, comúnmente aceptada como “verdad como correspondencia” permite concebir una actividad probatoria en la que la aproximación colectiva a la realidad sea puramente semántica. El lenguaje es capaz de aludir eventos en un sentido muchísimo más amplio en que la experiencia concreta podría hacerlo. Si podemos “hablar acerca del futuro”, entonces, podemos construir márgenes para el razonamiento acerca del futuro. Hablar sobre el futuro supone un compromiso relativo al conocimiento del futuro. El conocimiento supone prueba.¹¹

Entonces, ¿de qué se trata en esa sección la decisión cautelar? me parece que el juez debe determinar con la información disponible la existencia de un patrón o frecuencia que permita anticipar el acaecimiento de un hecho. Debe admitir racionalmente la realización de ese evento. Pero lo que decide no es si ocurrirá un hecho futuro sino si existe, en el presente, prueba suficiente para sostener que la frecuencia concurre.

Creo entonces que la fijación de un umbral de suficiencia es en realidad la definición de un cierto nivel de confianza en la información disponible para sostener que existe una frecuencia o patrón de eventos que permiten,

¹¹ Sobre las diversas teorías de la verdad con impacto en el ámbito judicial, en el razonamiento práctico general puede consultarse Nicolás y Frápolli (1997).

a su vez, esperar que algo ocurra. La frecuencia es un fenómeno que no se deja captar por el tiempo. Esto quiere decir que la identificación de patrones de frecuencias es igual a la afirmación de la existencia de un grupo de eventos relacionados que permiten afirmar grupos de acaecimientos en el pasado, y, por tanto, es posible también admitir niveles de confianza en acaecimientos futuros.

La fijación de un umbral probatorio en materia cautelar debe incluir entonces esta dimensión. Debemos construir estándares de prueba en materia cautelar tanto civil como penal, asumiendo la necesidad de contar con argumentos que permitan conocer frecuencias de eventos que puedan tener lugar en el futuro. Esto quiere decir que la labor judicial no puede quedar detenida tan solo en la verificación o confirmación de enunciados relativos al pasado, esto es, eventos efectivamente ocurridos. Un estándar de prueba cautelar debiese mostrar cierta capacidad del lenguaje para captar hechos en el futuro. En este sentido, el trabajo de Ferrer, es una invitación a intensificar el estudio sobre las condiciones de confirmación de enunciados acerca de ellos. Por tanto, es indudable la utilidad del esquema propuesto por Ferrer de cara a la construcción y formulación precisa del contenido de estos estándares. Por cierto, esta construcción puede variar conforme con la fisonomía del error esperado en la decisión judicial en contextos cautelares diferenciados. No es un objetivo de este trabajo ofrecer esas formulaciones.

5. Probabilidad

Uno de los puntos donde el trabajo de Ferrer es particularmente claro, es el relativo a la defensa de un modelo de probabilidad inductiva no matemática. Si bien la defensa ensayada por Ferrer es extensa y profunda, creo que para el objeto de este trabajo debemos centrarnos en la dimensión en la que un modelo de probabilidad es capaz de aludir a eventos o está diseñado, en cambio, para aludir al grado de corroboración de enunciados. Es decir, me parece particularmente importante poner el acento sobre el objeto de las probabilidades como parte de la configuración de un estándar probatorio, esto es, responder a la pregunta sobre confirmación de hechos o confirmación de enunciados lingüísticos en el contexto cautelar.

Es común considerar a la pregunta sobre prueba de los hechos, aún en el ámbito cautelar, como una pregunta dirigida a una confirmación de carácter “empírico”. Una cierta visión anclada en la confirmación de enunciados que se dirigen a la “realidad” no es capaz de describir con claridad el objeto del razonamiento judicial cuando se trata de confirmar enunciados relativos a eventos. Los jueces, habitualmente, deben resolver solicitudes de personas que buscan el amparo de ciertas expectativas de manera urgente incluso, desde cierto punto de vista, de manera previa al inicio del procedimiento en sí mismo.

La pretensión cautelar pone al tribunal en situación de resolver la adecuación de un determinado enunciado sobre hechos que no es exactamente el enunciado sobre los hechos que debe enfrentar al contexto de la decisión de fondo, típicamente la sentencia definitiva. En materia cautelar los jueces tienen que ofrecer argumentos relativos a la justificación de sus decisiones asumiendo los datos existentes, el valor de los vestigios ofrecidos por las partes en su solicitud y la adecuación de esta información a un criterio de estándar de prueba que permita sostener que una proposición deba ser tenida por verdadera, es decir que existe prueba de la hipótesis de hecho “cautelar”.

De este modo creo que la comprensión de la tutela cautelar puede resultar particularmente útil para la propuesta teórica desarrollada por Ferrer. Se trata de una agenda de construcción de estándares probatorios asumiendo la necesidad de satisfacer al “debido proceso”, considerando que es necesario el control intersubjetivo de la decisión. Pero como hemos anunciado antes, esa decisión se basa en la confirmación de enunciados que aluden a eventos futuros es decir se basa en la confirmación de narraciones que en una medida importante no hacen referencia a “hechos”.

Creo que no existe una dimensión en el pasado en la que los sucesos que justifican, al menos en parte, la decisión judicial en materia cautelar hayan en realidad ocurrido. Por lo tanto, se trata de establecer niveles de confirmación de enunciados relativos, como hemos anunciado, a frecuencias o patrones de hechos que se espera se mantengan en el tiempo al punto de poder sostener acaecimiento de hechos en el futuro. Esto, asumiendo además la aparente paradoja por la cual una decisión cautelar justificada puede impedir que la frecuencia o patrón resulte, en el caso concreto, confirmada.

Como sabemos la probabilidad inductiva no matemática nos permite aclarar este problema. Los hechos no son objeto de análisis probabilísticos

en la decisión probatoria. Es decir, en materia de tutela cautelar se trata de verificar los grados de confianza justificados que pueden predicarse de narraciones que sustentan la solicitud de cautela. Esto muestra cómo el razonamiento probatorio —no solo en materia cautelar— se dirige a la confirmación sobre los enunciados en juego en el caso. Nunca pueden probarse, en sentido estricto, hechos. Pareciera que en todo caso de lo que se trata es de confirmar alocuciones relativas a eventos para lo que su situación en el pasado, presente, o futuro puede resultar relevante.

Como ha apuntado Ferrer, cuando hablamos de formulaciones de estándares probatorios objetivos debemos aplicar un tipo de comprensión de la probabilidad pensando en su aplicación a proposiciones, es decir, debemos enfrentar el uso de estándares probatorios de cara al establecimiento de la probabilidad de conocimiento del mundo. El mundo de sentido fenomenológico no es determinante para resolver sobre el grado de conocimiento o confirmación disponible de los enunciados que podemos utilizar para referirnos a los sucesos. Se trata entonces de construir reglas que permitan graduar la probabilidad de que una determinada proposición sea, contextualmente, verdadera.

Visto así, la prueba cautelar no se dirige, en realidad, a “hechos en el futuro” sino a esclarecer el nivel de confianza racionalmente justificado sobre la existencia de una frecuencia que nos permita anticipar su acacimimiento.

Lo que resulta ineludible es que no es compatible con las exigencias de racionalidad probatoria mínimas, establecidas por el propio trabajo de Ferrer, mantener un sistema judicial bajo la suposición de la impertinencia del razonamiento probatorio en esta sede. La tutela cautelar supone decidir sobre la libertad o prisión de un imputado, o sobre la afectación intensa de bienes del demandado, de manera de favorecer el cuidado del procedimiento, es decir, se trata de dotar de sentido a la acción de la justicia. No es posible asumir sin más, que este tipo de decisión judicial pueda desplegarse de un modo abiertamente arbitrario. La arbitrariedad es una propiedad central de procedimientos en los que la construcción y justificación de los argumentos de las resoluciones judiciales son deliberadamente ignorados y son, por otra parte, caldo de cultivo para la incidencia de sesgos, estereotipos y prejuicios.

6. A modo de conclusión: error de fondo e intermedio

Creo que lo dicho permite comprender las condiciones probatorias de la decisión cautelar en general y se relaciona fuertemente con la propuesta ya identificada de Ferrer. Creo que además es posible reconocer en esa decisión un tipo de error probatorio circunscrito al ámbito cautelar.

Si es correcta la premisa según la cual existe un contexto probatorio en la decisión cautelar, y si es razonable, por tanto, discutir sobre la fisonomía de las reglas y criterios que resultan aplicables a ese ámbito probatorio, entonces, debemos enfrentar una manera de concebir al error en términos probatorios.

Como ya ha sido descrito, se produce un error probatorio cuando se afirma que una hipótesis que debe considerarse verdadera es falsa. Y es también un error sostener que una hipótesis que debe considerarse falsa es verdadera. La producción de errores en materia de prueba debe enfrentarse a través de la construcción de reglas y criterios que permitan aumentar los niveles de conocimiento y confianza justificada en los enunciados sobre hechos del caso. Una regla estándar de prueba no se aboca directamente a la evitación del error, sino que se dirige al establecimiento un umbral de suficiencia probatoria y con ello distribuye el error.

Las características generales del error en materia de prueba pueden encontrarse sin mayores dificultades en el ámbito cautelar. De hecho, si la hipótesis que justifica la cautela debe ser considerada falsa, pero es tenida por verdadera o si la hipótesis de hecho de la cautela es considerada verdadera a pesar de que debe ser observada como falsa, nos encontramos ante un error en términos probatorios. Nos encontramos ante la clásica posibilidad de producción de falsos positivos y falsos negativos.

Podría discutirse si el nivel de incertidumbre aceptada para la producción de decisiones cautelares es por definición mayor al tolerado para la producción de sentencias “de fondo”. Esta intuición arranca de la circunstancia de reconocer al inicio del procedimiento una producción probatoria más débil que la que debiera alcanzarse en la etapa de juicio. Sin perjuicio de que esta intuición pudiese resultar confirmada, no es un argumento para descartar la concurrencia de un escenario probatorio que requiere ser analizado desde la óptica de la producción de un error.

La sección de producción del error más interesante en el ámbito cautelar es aquella que mira al establecimiento de la confirmación de un evento en el futuro. Podría pensarse que esas son las circunstancias capaces de aumentar la probabilidad de error. Pero pareciera que, si nos concentramos en la definición de un ejercicio de corroboración dedicado principalmente a enunciados o proposiciones, resultaría un escenario sin mayor interés. Sin embargo, resulta relevante tener en cuenta que las condiciones de conocimiento de enunciados acerca del futuro se enfrentan a la necesidad de establecer criterios según los cuales podemos admitir el conocimiento de una frecuencia patrón que permita sostener que existe una cadena de acontecimientos y que en esa cadena podemos identificar hechos aún no producidos pero que esperamos que se produzcan. A estos efectos creo que debe integrarse en la discusión relativa a la formulación de estándares probatorios un mayor esfuerzo en clarificar el sentido del término “predicción”. En un sentido, puede producirse un evento desconocido a partir de datos conocidos. En otro sentido la predicción supone anticipar aquello que no ha ocurrido. En sentido estricto ambas operaciones miran a lo mismo: se trata de establecer modos de conocimiento de enunciados acerca de hechos no acaecidos.

El error en materia cautelar tiene otra dimensión. Así como es posible conceptualizar un universo de producción de decisiones en materia cautelar y por tanto es posible conceptualizar un error probatorio cautelar, es también posible advertir que los errores (como los aciertos) en el ámbito cautelar se relacionan con la probabilidad de éxito de la sentencia de fondo. Es habitual en las discusiones entre abogados y jueces a propósito de solicitudes cautelares que se tenga a la vista el impacto que la decisión del juez puede producir para la construcción del escenario del juicio y por tanto de la sentencia.

¿Puede contribuir al aumento de la probabilidad de error de la sentencia un error cautelar? Por ejemplo, si en el procedimiento penal se deniega una solicitud cautelar basada en el peligro de destrucción o manipulación de evidencias (erróneamente) y luego el imputado efectivamente destruye evidencias, entonces la probabilidad de error de la sentencia parece haber aumentado.¹²

¹² Es difícil definir con claridad el nivel de contribución de un error cautelar en una sentencia definitiva. Esto ocurre, principalmente, debido a que la decisión cautelar se dirige, en

Con ello, es posible advertir que en el caso de la formulación de estándares probatorios cautelares puede ser necesario vincular la exigencia probatoria de la cautelar con su posible contribución al error de la sentencia de fondo. Esto supone despejar, entonces, en qué casos esas decisiones pueden verse afectadas o impactadas por esa posible contribución.

La propuesta de Ferrer, además de sólida desde el punto de vista interno, ofrece un campo de estudio a la comunidad jurídica que excede incluso, la ya importante formulación de estándares probatorios en diversos juicios. El trabajo ofrecido permite abrir un campo vasto de discusiones relativa a la producción de errores múltiples, al conocimiento de hechos futuros, al sentido de las narraciones procesales y su confirmación, a la defensa de un modelo de probabilidad inductiva no matemática, entre muchos otros. Se trata, sin duda, de una contribución capital a la discusión de la teoría de la prueba.

En esa medida, la formulación de estándares probatorios cautelares parece central en la comprensión cabal de la tesis propuesta por Ferrer como en el compromiso del respeto por la garantía del debido proceso. Esta vinculación obliga a pensar en el contexto probatorio cautelar y a la posibilidad de controlar las decisiones judiciales desde un punto de vista racional ofreciendo por tanto una aplicación del derecho conforme con las exigencias del mencionado principio.

Bibliografía

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora? *Revus*, 39, 85-102.
- Carbonell, F. y Letelier, R. (2020). Debido proceso y garantías jurisdiccionales. En Contreras, P. y Salgado, C. (coords.). *Curso de Derechos Fundamentales* (pp. 347-380). Chile: Tirant lo Blanch.

un sentido, a evitar la realización de un evento, por ejemplo, a evitar la manipulación o destrucción de evidencias. Si la cautela es exitosa, no existirá manipulación ni esa destrucción, pero eso no libra a la sentencia final de enfrentarse a la producción de un error en sentido probatorio. Esta es una cuestión de diseño del procedimiento, cuyo vínculo con la producción del error puede consultarse en Carbonell (2021, pp. 293-325).

- Carbonell, F. (2021). El lugar del error en el diseño de los procesos judiciales. En Carbonell, F. y Valenzuela, J. (dirs.), *Fundamentos filosóficos del derecho procesal* (pp. 293 - 323). Santiago: Tirant Lo Banch.
- Coloma, R. (2016). Los usos de los estándares de prueba: Entre umbrales y prototipos. *Discusiones*, 18(2), 23-51.
- Ezurmendia, J. (2021). Definitividad y cosa juzgada como reglas contraepistémicas en el proceso civil. En Ezurmendia, J. (Dir.) *Proceso, prueba y epistemología, ensayos sobre derecho probatorio* (pp. 539 - 577.). Santiago: Tirant Lo Blanch.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Barcelona: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2008). *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Barcelona: Marcial Pons.
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa*, 28, 95- 113
- Nicolás, J. A. y Frápolli, M. J. (eds.) (1997). *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid: Tecnos.
- Valenzuela, J. (2018). Hacia un estándar de prueba cautelara en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Política criminal*, 13(26), 836-857.

Sección III

**BALANCE DE
UNA DISCUSIÓN**

Autonomía moral kantiana y autonomía personal: convergencias a propósito del principio de daño

Kantian Moral Autonomy and Personal Autonomy: Convergences regarding the harm principle

Alexander Vargas Tinoco*

Recepción: 08/03/2022

Evaluación: 08/04/2022

Aceptación final: 10/05/2022

Resumen: Este trabajo pretende exponer algunos aspectos en los que la autonomía moral kantiana y la autonomía personal pueden relacionarse con el principio de daño defendido en el liberalismo. Para ello, en las secciones primera y segunda presentaré brevemente el principio y cómo éste podría justificarse según el enfoque kantiano de la autonomía y el enfoque de la autonomía personal, tomando la versión de Raz como un ejemplo relevante de esta idea. En la segunda parte, argumentaré que en algunos aspectos como el respeto por los demás, el contenido moral sustantivo y la reflexión crítica como capacidad de autenticidad, estas relaciones son más visibles. En la parte final, presentaré algunas conclusiones al respecto.

Palabras clave: autonomía, moralidad, daño, principio, liberalismo.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Girona, docente e investigador de la Universidad Externado de Colombia, miembro del Grupo de Investigación en Derecho Privado y del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la misma universidad. Correo: alexander.vargas@uexternado.edu.co.

Abstract: This work aims to expose some aspects in which Kantian moral autonomy and personal autonomy may be related regarding the harm principle defended in liberalism. For that, in the first and second sections, I will briefly present the principle and how it could be justified according to the Kantian approach to autonomy and the approach to personal autonomy, taking Raz's version as a relevant example of this idea. In the second part, I will argue that in some aspects like respect for others, substantive moral content and critical reflection as a capacity for authenticity these relationships are more visible. In the final part, I will present some conclusions in this regard.

Keywords: autonomy, morality, harm, principle, liberalism.

1. Introducción

En el pasado número XVII de Discusiones se publicó un interesante debate en torno a la autonomía y la legitimidad. En particular, el cruce de argumentos que quedó plasmado en dicho número versó, principalmente, sobre la manera como pueden articularse las ideas de autonomía moral y autonomía política. Se destacó en particular la tesis de Jan Sieckmann, quien defiende una idea de autonomía moral y política que incluye un proceso de reflexión intersubjetiva. Según señala dicho autor, nadie puede definir una situación normativa (vinculante) por sí solo, sino que se requiere un ejercicio de reflexión intersubjetiva para que se acepte una norma como definitivamente válida. Lo anterior obedece a que lo moral responde a las pretensiones normativas de otras personas, cosa que también encuentra un reflejo en la arena política, donde es necesaria la presencia de quienes pueden aportar diferentes perspectivas para determinar la validez de las normas que regirán una comunidad. En ambos casos, tanto para la autonomía moral como para la política, resultaría cierto que las respectivas normas que se reconocen válidas en ambos escenarios requerirán una reflexión más allá del individuo, que muestre una suerte de consenso o convergencia razonable respecto de los fundamentos que permiten reconocer su carácter vinculante hacia sus destinatarios (Sieckmann, 2016, pp. 46-47 y 52-59). Este planteamiento se topa con una dificultad que debe ser superada, con-

sistente en la llamada “paradoja de la autonomía”, que se deriva “de que la decisión autónoma, por una parte, debe ser auto-determinada y no puede derivarse de normas preexistentes, mientras que, por la otra, pretende establecer una norma válida, lo que presupone que hay razones normativas por las cuales la norma en cuestión debe ser considerada válida y, por ende, vinculante para sus destinatarios” (Sieckmann 2016, p. 29).

Con todo, esta paradoja es discutida en el mismo número de la revista y, en particular, llama la atención que las premisas a partir de las cuales surge también pueden ser problematizadas, especialmente por su relación con la obra de Kant, quien fue el primero en referir a la autonomía como autolegislación. Estas disertaciones se evidencian en la síntesis que sobre la posición de Keinert (respecto de Sieckmann) expone Iosa. Al respecto, Iosa señala que, “en Kant, según Keinert, lo único que garantiza la moralidad de una máxima es su forma de ley, su universalidad. En otras palabras, para Kant la moral no está en la máxima sino en la ley práctica. De aquí que para Keinert tampoco haya en Kant ninguna paradoja de la autonomía: la ley no surge en absoluto de la voluntad particular de los agentes sino de la estructura de la voluntad racional. Un ser capaz de actuar por razones toma por tales solo aquellas que puedan serlo para cualquier agente racional. Ello depende de que sean razones universalizables, que cualquier agente podría aceptar” (Iosa, 2016, p. 13).

Según anota Iosa, la paradoja expuesta por Sieckmann surgiría de la confusión entre autonomía moral y autonomía individual en la que dicho autor incurre, una confusión que Keinert denuncia en su texto, aunque sin precisar mucho lo que entiende por autonomía individual (Keinert, 2016, pp. 76-77). De allí que Iosa infiera que esa referencia a la autonomía individual en verdad haga alusión a la autonomía personal, esto es, a la posibilidad de elegir por nosotros mismos entre un conjunto de opciones (Iosa, 2016, p. 13).

Como puede evidenciarse, las relaciones entre la noción de autonomía moral y personal resultan interesantes para seguir el rastro de la discusión, máxime cuando se apela a la obra de un autor en particular como Kant. En ese orden, me parece evidente la necesidad de una mayor claridad respecto de la distinción entre “autonomía moral” y “autonomía personal”. Bien observa Iosa al afirmar que “esta ambigüedad es fuente de uno de los

problemas que surgen en la discusión que nos ocupa” (Iosa, 2016, p. 9), añadiendo que subsiste la inquietud de si la idea de una voluntad autolegisladora en Kant se refiere a los intereses y decisiones particulares de las personas o no (Iosa, 2016, p. 14). De hecho, del éxito de dicha distinción dependería, en buena medida, el sentido en que se enfrenta la paradoja de la autonomía, como también las semejanzas y diferencias que se diluciden entre autonomía política y autonomía moral.¹ En efecto, si son cuestiones distintas y Sieckmann se refiere a la “autonomía moral” de una manera impropia (o confusa) a la luz de lo dicho por Kant, la paradoja entonces no debería surgir (en términos estrictamente kantianos, como anota Keinert).

Así las cosas, me parece que a esta discusión en particular, sobre la autonomía y la paradoja que implicaría aceptarla como autolegislación, habría de agregarse otra que parece pertinente desarrollar en paralelo, acerca de las posibilidades de distinguir entre autonomía moral “a la Kant” y “autonomía personal”. Si parte de la discusión arriba mencionada se enfoca en cuán bien se puede lidiar con ciertos problemas derivados de algunas tesis de Kant, o cuán kantianas pueden ser ciertas afirmaciones sobre la autonomía personal y su relación con la autonomía moral, entonces la discusión sobre las posibilidades de distinguir entre una y otra es pertinente y relativa a aquella sobre la paradoja anotada. En ese sentido, este escrito pretende aportar a esa discusión que, me parece, podría darse juntamente o de manera previa, incluso, a la que suscita la paradoja, y así evidenciar que no se trata de un ejercicio intelectual sencillo, porque en la comparativa de ciertas ideas kantianas sobre la autonomía con otras expuestas respecto de la autonomía personal pueden evidenciarse proximidades en algunos ámbitos. Así, exhibiendo algunos puntos de convergencia se puede alimentar el desarrollo de aquella discusión y promover otro debate relacionado, que me parece pertinente para esclarecer los términos del primero.²

¹ En efecto, Iosa también duda que, si se separan la autonomía “individual” como deliberación en solitario que no genera más que una pretensión normativa, de la autonomía moral que para Sieckmann requiere un debate público suficiente, esta idea de autonomía pueda distinguirse claramente de la autonomía política (Iosa, 2016, p. 17).

² Habría de aclararse que la problematización aquí expuesta tiene que ver con la discusión antes reseñada sobre la paradoja, pero en alguna medida también puede comprenderse en términos independientes de dicha discusión.

Dicho esto, intentaré mostrar tres aspectos en los que es posible evidenciar cierta convergencia entre las ideas de autonomía moral y autonomía personal, relacionados con el principio de daño. Al respecto, dos aclaraciones preliminares son pertinentes. En primer lugar, me aproximaré a estas ideas a partir de dos autores en particular: Immanuel Kant y Joseph Raz. La perspectiva del primero es claramente pertinente por la evocación que de su obra se hace en la discusión que inspira este escrito, como antes se vio. La relación al segundo tiene lugar por tratarse de un autor representativo de la idea de autonomía personal, por su discutida proximidad con Kant y por el énfasis que hace en su obra respecto de la relación entre autonomía y principio de daño. En segundo lugar, he seleccionado el principio de daño por su pertinencia e importancia al momento de advertir limitaciones normativas a la autonomía y, en ese sentido, tratarse de un principio que se relaciona con la paradoja expuesta anteriormente.³

Así las cosas, a continuación presentaré el principio de daño de manera breve, para seguidamente exponer las aproximaciones kantiana y personal a la autonomía, enfocándome en la versión de Raz y observando cómo desde ambas se puede dar cuenta de la vigencia de aquel principio. Seguidamente, mostraré cuáles aspectos se prestan para señalar una convergencia en la teorización de ambas perspectivas, relacionados con la justificación del principio de daño. En la parte final presentaré algunas conclusiones al respecto.

2. Sobre el principio de daño

Según el conocido principio de daño expuesto por J.S. Mill en el siglo XIX, la evitación del daño a terceros constituye una justificación para limitar las libertades de los individuos en una sociedad liberal (Mill,

³ Adicionalmente, este principio se vincula con la idea de una autonomía política y la legitimidad de las razones que respaldan las normas que se dictan dentro de una comunidad, pues representa un elemento básico para la valoración y aceptación de tales razones. Esta idea de autonomía política también aparece relacionada en el texto de Sieckmann (2016, p. 22 y ss), sin embargo, el análisis aquí efectuado no pondrá el acento en esta idea sino en la de autonomía del individuo y su acepción como autonomía moral y/o personal.

2015, pp. 12y 13)⁴. Esta limitación, no obstante, no se entiende contraria a la idea de autonomía, sino que esta es comprendida dentro de un marco normativo en el que el daño injustificado a otros no hace parte de ella. Según expone Mill, el desarrollo de las capacidades humanas es deseable y requiere permitir la libertad de cada uno dentro de la sociedad con la menor interferencia, siendo valioso que cada uno exprese su individualidad a través de sus propias elecciones. Así, el autor defiende que cada persona, con sus propias facultades y capacidades, debe poder expresar su naturaleza y la energía de su impulso de manera libre, sin más limitaciones que la evitación del daño a otros (Mill, 2015, p. 60)⁵.

Este principio, ligado desde la modernidad al ideario de un Estado liberal, parte de la base de una dicotomía que diferencia las relaciones de la persona con sus ideales sobre una buena vida para sí, de los ideales que otros pueden tener para sí mismos (Mill, 2015, p. 58). Si bien uno puede ser el juez más idóneo de lo que mejor conviene a los intereses propios, ello no se replica respecto de nuestra aptitud para juzgar lo conveniente a los intereses ajenos.⁶ Lo anterior implicaría que los juicios morales que se emiten para el ámbito intrapersonal no tienen que coincidir, necesariamente, con los juicios morales que versan sobre las conductas que pueden afectar a los demás. En ese sentido, mientras se defiende que una persona autónoma puede llegar a tomar decisiones que la puedan afectar, esa misma defensa no se replica respecto de las elecciones que pueden perjudicar a otros.⁷ Claramente, lo anterior apunta a destacar la importancia que tiene en el Estado liberal la individualidad como una cuestión valiosa que permite la diferenciación de los demás y la convivencia, con lo que a su turno conduce a una exaltación de la pluralidad de formas de vivir (no dañosas) como un bien valioso.

⁴ La idea de una “sociedad liberal” es bastante compleja, pero entenderé aquí como una sociedad de ese tipo aquella que no puede prescindir de la defensa de la igualdad de sus miembros ante el Estado ni de un compromiso básico hacia el principio de daño. Para otros matices de la teoría liberal del Estado véase Johnston, 1994.

⁵ El principio de daño ha sido ampliamente discutido desde varios flancos. Algunos de ellos pueden consultarse en Stewart, 2010, Turner, 2014 o Rusca, 2020, entre muchos otros.

⁶ Mill, 2015, p. 55.

⁷ Mill, 2015, p. 58.

Con todo, esta diferenciación que aparece en la idea de una autonomía personal, entre la capacidad de juzgar lo que es mejor para los intereses personales y la capacidad de hacer lo propio respecto de los intereses ajenos (e incluso llegar a apartarse de lo que los demás creen correcto con base en un criterio moral *distinto*), no está presente en todas las perspectivas de la autonomía. En particular, no lo está en la idea de autonomía defendida desde una perspectiva moral por Immanuel Kant (en adelante “autonomía moral”)⁸. La razón de ello radica en la fuerte conexión que defendió Kant entre la autonomía y una comprensión objetivista de la moralidad, en la que no parece haber cabida a juzgar diferenciadamente lo (que resulta) bueno para uno de lo (que resulta) bueno para los demás. En ese sentido, el autor no encuentra fundamentos distintos en los deberes que se tienen hacia los demás, de los que se tienen hacia uno mismo, dado que la moralidad emana de la razón universal y lo que es moralmente correcto para uno no tiene por qué diferir de lo que debe ser correcto para otro, porque no se trata de satisfacer las inclinaciones subjetivas de cada uno acerca de lo que conviene a su bienestar individual. En ese sentido, Kant afirma:

yo no puedo reconocer que estoy obligado a otros más que en la medida en que me obligo a mí mismo: porque la ley, en virtud de la cual yo me considero obligado, procede en todos los casos de mi propia razón práctica, por la que soy coaccionado, siendo a la vez el que me coacciono a mí mismo. (Kant, 1989, A 418).

Estos matices han contribuido a la distinción entre autonomía personal y autonomía moral. Si bien ambas pueden dar cuenta de por qué el principio de daño puede estar justificado, ciertas premisas que asumen y algunas conclusiones variarán entre una y otra aproximación. En efecto, puede haber diferencias respecto de cuán competente es uno para emitir juicios morales respecto de la felicidad de otros, o sobre la corrección moral del daño autoinfligido, o con relación a cuán profundo debe ser el razonamiento personal para entenderse autónomo. Como lo señalan Christman y Anderson (2005, p. 2), a diferencia de la idea de autonomía

⁸ Según Schneewind (2000, pp. 23 y 571), fue Kant el primero en hablar de “autonomía” en el ámbito de la filosofía moral.

moral, la autonomía personal “se entiende como un rasgo moralmente neutral (o supuestamente neutral) que los individuos pueden exhibir en relación con cualquier aspecto de sus vidas, sin limitarse a cuestiones de obligación moral”. Por su parte, la autonomía moral se refiere a la capacidad de sujetarse a los principios morales propios, que en Kant son objetivos y universales, como se verá más adelante.

Aunque las dos aproximaciones no son las únicas, me enfocaré en ellas para resaltar un punto que, considero, no debe perderse de vista en las discusiones sobre este tema, cual es la vigencia de ciertos postulados kantianos que siguen siendo pertinentes a pesar de la defensa de ciertas tesis que pregonan un distanciamiento de ellos. En particular, sería desacertado defender una separación radical entre la idea de autonomía personal y de autonomía moral (en sentido kantiano), en la medida en que pueden evidenciarse ciertas cercanías que aquí señalaré con ocasión de la implementación del principio liberal de la evitación del daño a terceros.

Para tal efecto procederé en dos partes. En la primera, expondré brevemente, tanto la perspectiva de la autonomía en Kant, como la de la autonomía personal expuesta por Joseph Raz, cuya tesis al respecto tomaré como muestra relevante de los aspectos centrales de esta idea. Respecto de ellas señalaré cómo el daño puede resultar significativo bajo cada una de esas aproximaciones y cómo el principio de daño podría defenderse desde cada una. Posteriormente, en la segunda parte, expondré tres puntos de convergencia entre ambas aproximaciones que se relacionan con el Estado liberal y la vigencia del principio de daño, en particular, (i) la idea de respeto como una reacción al valor de las personas, (ii) la necesidad de adjudicar un contenido moral mínimo a la autonomía y (iii) la capacidad de reflexión crítica que permite a las personas su desenvolvimiento como seres auténticos.

2. Autonomía moral y autonomía personal frente al daño

2.1. Autonomía moral: la perspectiva kantiana

La idea de autonomía en Kant es una altamente cualificada que excede la mera posibilidad de selección entre varias alternativas. El compromiso

entre la libertad y la moralidad es bastante fuerte, al punto de no considerar autónomo a quien toma cualquier tipo de opciones, en particular, las que se desvían de lo moral. La autonomía aquí no es meramente una circunstancia fáctica de todo ser que se piensa libre sino, más bien, un principio del que se desprende la moralidad, según el cual la voluntad misma es independiente de los influjos sensibles que la pueden llegar a dominar. En palabras de Kant, la autonomía de la voluntad debe entenderse como el principio supremo de la moralidad al que accede la razón cuando se piensa como libre, y que es condición formal de las acciones *no* heterónomas (Kant, 1983, pp. 121 y 130). Dicho de otro modo, señala que el principio consiste en la constitución de la voluntad como ley para sí misma, independientemente de los objetos del querer, lo que se expresa principalmente en el imperativo categórico que constriñe a obrar de manera universalmente válida (Kant, 1983, p. 101).

Para comprender el porqué del imperativo hay que tener en cuenta que el ser racional puede pensarse de diferentes maneras, según un dualismo que es transversal a la obra kantiana. En efecto, de la misma manera en que se puede separar el conocimiento de las cosas en lo que ellas son en sí mismas y en la manera como nos afectan, las personas pueden pensarse en dos mundos que les aportan dos perspectivas diferentes: (i) el mundo inteligible de las leyes de la razón pura que le permiten la autonomía de su voluntad y (ii) el mundo sensible de leyes naturales que lo determinan heterónomamente (Kant, 1983, pp. 120-122). Si se dijera que el ser solo puede sentirse parte del mundo inteligible, entonces *todas* sus acciones estarían conforme a la autonomía, es decir, a lo que dicte su voluntad racional como legisladora de sí misma; pero como también se intuye en el mundo sensible y se siente afectado por los fenómenos empíricos que le pueden llevar a actuar lejos de la razón, entonces concibe que sus acciones *deben* estar conformes a lo que dicta su voluntad racional, de allí que deba constreñirse de manera imperativa para que haya coherencia entre la razón (libre de influjos sensibles) y su conducta (Kant, 1983, p. 123).

Así las cosas, la libertad es una forma de causalidad por la cual se hace efectiva la legislación racional interna que la persona dicta para sí, siendo la desviación de esa legislación una cuestión empírica que no puede ser definitoria del concepto mismo de libertad, según defiende (Kant, 1999, p. 34).

A esta legislación interna solo acceden los seres racionales que, en cuanto tales, pueden arribar a la moralidad y conocer lo que ella manda a través de imperativos objetivos y universales cuyo valor no está condicionado a la obtención de algo más allá que su realización misma. Esta capacidad de los seres humanos, en tanto racionales, permite afirmar que ellos son el fundamento del imperativo categórico, y que al igual que este tienen un valor absoluto o incondicionado al cual se le debe respeto, esto es un tratamiento como fin en sí mismo y no como medio. En efecto, a diferencia de lo que se debe a lo que tiene un valor relativo o un precio intercambiable, las personas y la moralidad tienen un valor interno absoluto, que Kant llama “dignidad”, y que no es intercambiable por causa o precio alguno (Kant, 1983, p. 101).

Esta característica de ser *legislador* es lo que, considero, constituye el elemento central de lo que Kant afirmó como autonomía.⁹ Sin embargo, se debe matizar que la idea de autolegislación en Kant, según se aprecia, no es propiamente una que se identifique con la exclusividad de las normas legisladas. Es decir, que el hecho de que el ser racional pueda autolegislar no quiere decir que las leyes internas a las que pueda acceder mediante su razón sean unas distintas o exclusivas suyas o que solo rijan para él. Más bien, el hecho de que los mandatos de *la razón* sean objetivos y universales permite que otros seres racionales puedan llegar al mismo conocimiento moral, de allí que puedan ser legislados y legisladores –simultáneamente– de la moralidad¹⁰. Esto es importante destacarlo, en tanto que el compromiso de la autonomía kantiana con la moralidad es tal, que se considera que la voluntad libre y la voluntad sometida a leyes morales son una misma cosa, esto es, conceptos trasmutables (Kant, 1983, p. 112)¹¹.

Expuesto lo anterior, y dado el alto compromiso conceptual de las acciones autónomas con la moralidad, podría decirse que un principio

⁹ Como señala Reath, la autonomía en la obra de Kant está “modelada sobre una concepción de soberanía y debería ser entendida como un tipo de poder legislativo... la autonomía es mejor interpretada fundamentalmente, no como una capacidad psicológica o motivacional, sino como la soberanía racional del agente sobre sí mismo...” (Reath, 2006, p. 4).

¹⁰ Kant, 1983, pp. 90-92.

¹¹ Comentando a Kant, Gaus señala que “ser autónomo es tener capacidad de que la propia voluntad sea determinada por la razón práctica moral” (Gaus, 2005, p. 282).

como el del daño protege a la autonomía de la afectación dañosa en tanto ella resulta ser una afrenta para aquella en, al menos, dos sentidos que justifican su implementación.

En primer lugar, el daño produce una afectación a la realidad del ser humano como parte del mundo sensible, y se puede entender que su ocurrencia genera una imposibilidad de llevar a cabo la voluntad misma, como quiera que no pueda materializarla por lo estropeado que llegue a resultar su cuerpo o las cosas de las que se vale para llevarla a cabo en el mundo de lo perceptible. Esto es particularmente evidente en los casos de daño material y corporal en los que, por ejemplo, se ha perdido una extremidad o la funcionalidad de alguno de los sentidos, entre otras situaciones que suponen esa desconexión entre voluntad y acción. Asimismo, en lo relacionado con la capacidad de sentirse parte del mundo inteligible, como ser racional, el daño también puede afectar esas facultades y quitarle a la persona la capacidad misma de guiarse bajo la razón, dada una imposibilidad fáctica para llevar a cabo procesos racionales abstractos que están implicados al momento de pensarse de manera libre. Así, el daño puede afectar su condición como ser libre que actúa en el mundo, pero también la capacidad de que su voluntad sea autónoma.

En segundo lugar, el daño puede representar una afrenta, tanto al imperativo categórico que es principio de la moralidad, como a un imperativo hipotético personal, derivado del razonamiento práctico, como sucede con el propósito de ser feliz. En este último sentido, habría que aclarar que el daño no necesariamente tendría una connotación moralmente negativa, dado el objetivo de ser feliz no implica el cumplimiento de lo que es moralmente debido. Pero cuando el daño deviene de la violación del imperativo categórico, como quiera que lo antecede una conducta que no pueda ser universalizable o que viola el principio de no tratar a los demás con respeto por su humanidad o como fines en sí mismos, hay también una violación de la moralidad. En ese sentido, el autor señala lo siguiente:

No puede entonces, disponerse del hombre por parte de otros, para mutilarle, estropearle o matarle; quien lesiona los derechos de los hombres usa a la persona ajena como simple medio, sin tener consideración que el otro, como ser racional que es, debe ser

estimado como fin en sí mismo; las acciones no deben contradecir la humanidad sino concordar con ella, procurando entonces que los fines del otro sean, en lo posible, los fines propios. (Kant, 1983, p. 85)

Dicho lo anterior, podría sintetizarse que, desde una perspectiva kantiana, el daño repercute en una afectación de las características mismas de la persona como ser libre, pero también como ser racional y, en este último sentido, pueden afectarse los fines que haya dispuesto para sí en su razonamiento práctico, tales como la pretensión de ser feliz o el cumplimiento mismo de sus deberes. Adicionalmente, el daño puede haber sido producto de conductas que no expresan un tratamiento respetuoso hacia la persona porque violan o transgreden imperativos morales, dando así un tratamiento indigno a quien se le debe respeto, como cuando se daña a alguien para que sirva a los propósitos ajenos. Así, el principio de daño estaría justificado para evitar estas afectaciones y encontraría plausibilidad moral en tanto sea un principio universalizable por los seres racionales.

2.2. Autonomía personal como elemento del bienestar

Juntamente a la idea de autonomía kantiana como autolegislación moral de la persona racional, se puede destacar la idea de autonomía personal, que trata de desprenderse de las connotaciones necesariamente morales de aquella y, más bien, permitir un margen amplio para valorar el pluralismo en las formas de vivir la vida, con lo que pretende alguna neutralidad respecto de lo que es moralmente exigido a las personas como miembros de una comunidad¹².

¹² Se podría señalar que esta distinción no es ajena a la discusión en torno a la distinción entre lo ético y lo moral, cuyos orígenes se remontan a las críticas hegelianas a la obra de Kant (Hegel, 1968, entre otros). Aunque en Hegel parece asociarse lo ético a la libertad individual y a la subjetividad, ello no implica un desprendimiento de las relaciones con otros ni de los deberes para con ellos (1968, §150 y §56), por lo que no se trataría de una relación excluyente. Esta diferenciación, en cambio, aparece más explicitada algunos trabajos de Habermas, quien diferenció que el razonamiento práctico puede dar lugar a consideraciones sobre lo que es útil (en sentido pragmático), lo que es bueno (en sentido ético) y lo que es justo (moralmente

En ese sentido, la idea de autonomía personal parece diferir de la capacidad de acceder o discernir reglas morales de *la razón* y, en cambio, se asocia con los requerimientos prácticos o prudenciales que una persona puede tener en la toma de sus decisiones. Como lo señala Waldron, la idea de autonomía personal evoca la imagen de una persona a cargo de su vida, escogiendo cuál de sus deseos seguir¹³. Aunque no se trata de una idea inmoral, tiene poco que ver con la moralidad, pues se centra más en descifrar los intereses de la persona, más que de compatibilizarlos con los de los demás (Waldron, 2005, p. 307). En esa medida, esta idea no estaría ligada (al menos no en un sentido fuerte) a la aceptación de una moralidad universal que vincule las decisiones íntimas de la persona, sino que apela a la capacidad de ella para asumir el control de sus decisiones en su vida, para lo cual es necesario tener un margen de acción que permita la selección entre varias opciones diferentes, así como la capacidad para ejercerlas.

Una aproximación que ha destacado la idea de autonomía personal como disposición de opciones para elegir entre ellas se encuentra en la obra de Joseph Raz que, como se dijo, aquí se toma como una muestra representativa de aquella idea, sin que en su obra se agoten todas las perspectivas sobre autonomía personal que es posible encontrar.¹⁴ En particular, Raz asocia la autonomía a un ideal de bienestar que consiste, básicamente, en la libertad de las personas de escoger sus propias vidas y comprometerse con sus propios proyectos.¹⁵ Según sostiene, dicho ideal no debe confun-

hablando). Con todo, Habermas afirma que lo ético permite consideraciones egoístas respecto de los demás (Habermas, 2000, p. 129), tal como Taylor también denuncia que un ideal de autorrealización puede llegar a ser egocéntrico (1994, p. 89-91), cosa que, según sostiene, riñe con la ética que propone para la autenticidad de las personas.

¹³ Para algunos, la idea de autonomía personal solo exige que las personas se autodirijan, aunque sea en un sentido mínimo, es decir, que puedan ellas mismas tomar sus decisiones y se conciben como a cargo de ellos mismos (Gaus, 2005, p. 294).

¹⁴ Con todo, el aporte raziano enfatiza en la idea de que la persona autónoma sea autora de su propia vida, asignando así un sentido positivo a esta idea que permitiría diferenciarla del sentido negativo en el que también se puede hablar de autonomía, esto es, como no interferencia en la esfera del individuo. Por supuesto que las raíces de esta distinción son más profundas, así como la complejidad teórica de la autonomía personal, que no alcanza a ser captada plenamente en este trabajo. Para apreciar otros aportes para la construcción de esta idea, véase Frankfurt (1971), Dworkin (1988), Hill (1991), Nino (2007), entre otros.

¹⁵ En particular, Raz (1986).

dirse con la autonomía moral o la idea kantiana de autonomía, con la que guarda una relación solamente indirecta, pues su construcción es solo un ideal de bienestar individual dentro de lo moral, más no pretende agotar la moralidad¹⁶. En principio, esta diferencia se evidenciaría en la afirmación de que las personas autónomas son aquellas “creadoras de su propio mundo moral”, que tienen “un compromiso con proyectos, relaciones y causas que afectan el tipo de vida que vale la pena vivir para ellos” (Raz, 1986, p. 154)¹⁷. Así, se defiende que la autonomía tiene que ver con que una persona *controla* los aspectos de su vida y pueda determinar su forma, de manera que ellas puedan ser *autoras* de esta (Raz, 1986, p. 144).

Dos aspectos resaltan aquí. En primer lugar, la idea de “autoría” apunta a que la autonomía también está comprometida con la independencia respecto de otros, esto es, que al menos la persona no debe estar sometida a la voluntad de otros –lo que a su turno requiere de ciertas condiciones, como el tener habilidades mentales y físicas que pueden ser innatas para lograr esa independencia (Raz, 1986, pp. 372 y 375). Un segundo aspecto atañe a la variedad y calidad de las *opciones* que están disponibles para que la persona se entienda autónoma, pues no es cierto que todas las elecciones tengan el mismo valor (Raz, 1986, p. 155)¹⁸. Al respecto, Raz precisa que las opciones deben ser valiosas y no confundirse con las oportunidades de decidir sobre las acciones a realizar, es decir, con una mera posibilidad de elección. En este último caso se diría que alguien fue autónomo aunque haya debido elegir entre una opción buena (por ejemplo subsistir) y una mala (por ej. morir a manos de sus enemigos), pero ello no es así, porque “la autonomía requiere una elección entre bienes. Una elección entre el bien y el mal no es suficiente” (Raz, 1986, p. 379). En todo caso, el valor de las opciones no debe confundirse con el ideal de auto-realización (presente en el pensamiento de Mill), sino más bien implica la posibilidad, incluso, de

¹⁶ Raz (1986, p. 370, n. 179).

¹⁷ Esto se relaciona con la idea de “integridad” que añade Raz a las condiciones de autonomía (Raz, 1986, p. 381).

¹⁸ Aisladamente, el primer aspecto solamente da cuenta de una capacidad de autonomía, pero, conjuntamente, tomando en consideración las opciones, se puede hablar de un ideal de vida autónoma.

renunciar a ese ideal y escoger otro camino dentro de un rango de opciones de valor (Raz, 1986, pp. 375-376).¹⁹

Conforme a lo anterior, se puede entender que la comprensión del daño que tiene Raz implique un detrimento a la capacidad de la persona para seleccionar sus opciones o una privación de las opciones que ella tenía disponibles y que, a raíz del daño, ya no lo están. Al respecto, afirma:

[p]rivar a una persona de oportunidades o de la capacidad de usarlas es una forma de causarle daño. (...) Cualquier daño a una persona negándole el uso o el valor de su propiedad es un daño para él precisamente porque disminuye sus oportunidades. Del mismo modo, las lesiones a la persona reducen su capacidad de actuar de la manera que desee. Sobra decir que un daño a una persona puede consistir, no en privarlo de opciones, sino en frustrar su búsqueda de los proyectos y las relaciones que se ha fijado. (Raz, 1986, p. 413)

En ese orden, parece claro que, según esta perspectiva, la afectación de la autonomía a partir del daño puede representar una frustración de los proyectos elegidos por la persona o una eliminación de las opciones o de la capacidad de usarlas y, en esa medida, una frustración de los elementos que permiten las elecciones libres de la persona. Tanto los daños materiales como inmateriales tendrían esta posibilidad de afectación, toda vez que las opciones de las que dispone una persona, que pueden ser eliminadas por el daño, también pueden tener una u otra naturaleza. En ese sentido, si parte de esas opciones radica en la disponibilidad de medios a través de los cuales se puede ejercer la autonomía, es decir, las cosas o elementos materiales e inmateriales que posibilitan el ejercicio de esa libertad, entonces una afectación a esos elementos representa un daño en tanto elimina las opciones que ellas proveen a la persona. A raíz del daño, el sujeto ya no podrá ejercer esa capacidad normativa que como ser libre tendría sobre esos medios que le proveen opciones, tales como su cuerpo, sus cosas, sus capacidades

¹⁹ Esta idea raziana de autonomía personal ha sido controvertida por incurrir, en algún grado, en una suerte de perfeccionismo, en la medida en que se apela a una idea de "autoría" de la propia vida que no se siempre se verifica en aquellos casos en los que la vida del autor no está enfocada en sí mismo o en las virtudes propias (Gaus, 2005, p. 295).

mentales, sus sentimientos, su reputación, sus proyectos, entre otros. De allí que el principio de daño pueda justificarse como forma de protección a esas opciones que posibilitan la autonomía.

3. Tres puntos de encuentro: respeto, contenido moral y reflexión crítica

Según lo dicho hasta aquí, desde ambas perspectivas pueden encontrarse fundamentos que justifican la vigencia del principio de daño. En primer lugar, el daño puede resultar indeseable respecto de lo que conlleva valorar la autonomía, ya que afecta claramente ciertos elementos necesarios para su realización, particularmente la capacidad de hacer efectiva la voluntad, o de llevar a cabo los proyectos propios, o de avanzar en los intereses fijados. En segundo lugar, podría observarse un elemento de infracción normativa que se produzca con el daño, cuando quiera que se verifique una contrariedad con la norma que prescriba respetar a la persona autónoma. Ello se maximiza si se considera la moralidad como emanación o descubrimiento racional de las personas, pues ellas no estarían siendo respetadas en lo que han dictaminado según las máximas de corrección de las conductas que racionalmente se deben unas a otras.

Ahora, que haya una justificación para el principio de daño en ambas perspectivas no quiere decir que pueda afirmarse un solapamiento entre ellas. Como se vio, el mismo Raz insiste en tomar distancia de Kant en varios aspectos. Sin embargo, y a pesar de las afirmaciones de dicho autor, es posible señalar al menos tres puntos de convergencia, aunque sea mínima, entre la idea de autonomía personal que expone y la de autonomía moral, concernientes a la vigencia del principio de daño en un Estado liberal. A continuación, me referiré al respeto que supone este principio y a la manera como está justificado, a la necesidad de dotar a la autonomía de un contenido moral mínimo y, finalmente, a las capacidades de reflexión personal como rasgo propio de la individualidad que debe preservarse.

3.1. Respeto como respuesta al valor

Si bien la idea de respeto plantea varios retos porque su entendimiento no es uniforme, se puede convenir que una forma básica de este consiste precisamente en conservar aquello a lo que le es debido el respeto, esto es, no dañarle. Dicho de otra manera, la idea de no dañar como principio dentro de una organización liberal puede ser entendida como una forma de expresar respeto mutuo entre las personas.

Una forma de conexión entre la perspectiva kantiana y la autonomía personal se encuentra precisamente a la hora de fundamentar el respeto hacia los demás, en tanto ambas aproximaciones consideran que el respeto es una forma de responder al valor de las personas. No obstante, ese valor es argumentado de diferentes maneras. Veamos.

Como se dijo atrás, Kant sostiene que la persona es un fin en sí misma que puede establecer ciertos fines e implementar los medios que le permitan obtener aquellos, sin que las demás personas puedan ser consideradas como medios para esos fines (dado que también son fines en sí mismos). En esa medida, el valor de la persona no está condicionado a la consecución de ningún fin ajeno a ella, sino que tiene un valor que no está en función de otros fines distintos al que ella representa.

Por su parte, Raz interpreta que esta idea kantiana de “ser un fin en sí mismo” es una manera de mostrar que no tenemos un valor instrumental, esto es, que se tiene un valor intrínseco. En este sentido, interesa saber en qué consiste tener un rasgo intrínseco que dota a quien lo tiene de un valor incondicional, no instrumental al valor de otro objeto, y que constituye una razón completa para darle un trato determinado (Raz, 2001, pp. 141-144).

Sobre lo que es valioso señala que todo lo que es bueno o de valor puede ser bueno o de valor para alguien o algo, una cadena que termina con seres buenos o valiosos en sí mismos (Raz, 2001, p. 150, n. 31). Valorar algo requiere reconocerlo como valioso y abordarlo en debida manera, de conformidad con ese valor (Raz, 2001, p. 155). Quienes son valoradores son aquellos que pueden ser capaces de reconocer el valor de las cosas, de responder adecuadamente a aquello que tiene valor, y no meramente capaces de formarse creencias acerca de esas cosas (Raz, 2001, n. 41, p. 155 y p. 157).

Ahora, Raz identifica tres maneras de responder adecuadamente a la presencia de las propiedades que hacen valiosos a los objetos: (i) La primera es la más básica y consiste en el reconocimiento psicológico apropiado del valor, esto es, “considerar los objetos de maneras consistentes con su valor en los pensamientos de uno, entendido ampliamente incluyendo imaginación, emociones, deseos, intenciones, etc.” (Raz, 2001, p. 161); (ii) el segundo es preservarlos, tener una razón para preservar los objetos de respeto, para no destruirlos y, (iii) finalmente, se responde al valor de las cosas cuando las realizamos o nos involucramos con ellas de las maneras apropiadas, tal como lo hacemos cuando leemos una novela con el entendimiento suficiente o pasamos tiempo con los amigos para cultivar nuestras relaciones (Raz, 2001, p. 162). Las razones para el respeto son razones que corresponden a la manera de tratar los objetos de valor de manera coherente a esa valoración interna y razones para preservarlos o conservarlos, es decir, las razones enunciadas en i y ii.

Estas razones de respeto son una manera mucho más básica de considerar o comprometerse con el valor que las del tercer escenario (Raz, 2001, p.164). A diferencia de las razones para involucrarse en la realización de una cosa de valor, en las que la naturaleza de lo que es valioso determina la acción que sería la forma adecuada de involucrarse con esa cosa,²⁰ en el caso del respeto hay un sentido en que las razones para el respeto *no* son específicas al valor²¹. Mientras que involucrarse con el valor es percatarse de la forma adecuada de la naturaleza de aquello que es valioso, “respetar el valor es la manera de proteger la posibilidad de esa realización”, de permitir que ese valor se comprenda, y ello implica solamente una forma muy básica de comprometerse con él, sin que se niegue que los deberes de respeto pueden variar en su extensión y rigor (Raz, 2001, pp. 164-167). Así, a diferencia de las razones para realizar algo de valor, que sí dependen de esos gustos y metas personales, las razones de respeto hacia lo que tiene valor son para todos (universales), independientemente de tales factores, y son la forma más

²⁰ Por ejemplo, escalar una montaña requiere saber escalarla, hacerlo apropiadamente y gustarle a uno escalar.

²¹ Según Raz, nuestro entendimiento sobre lo que es valioso en algo será derivado de lo que es una razón para hacer, y viceversa (Raz, 2001, p. 166).

básica de compromiso con ese valor. Esto conduce a Raz a afirmar que las razones para el respeto no se ven afectadas por nuestras preferencias, gustos o deseos, sino que son razones categóricas que sería un error ignorar y que suelen ser asociadas a razones morales (Raz, 2001, pp. 164 y 168).

Así las cosas, es evidente que en las dos aproximaciones a la autonomía el respeto es concebido como forma de responder a un valor, reconociendo en ambos casos la necesidad de concebir en algún punto la existencia de cosas o personas con valor en sí mismas que proveen razones para la acción de manera incondicionada, esto es, se les debe respeto. Bajo la idea de la tesis de la dependencia mutua, que según Raz consiste en que, a pesar de que no haya necesidad de que las cosas con un valor en sí mismo existan en determinado momento, la posibilidad de que ellas existan es una precondition para valorar la cosas que tienen valía, se termina por fundamentar el respeto en la idea de lo que es valioso en sí mismo (Raz, 2001, pp. 150-151). Esta posibilidad de un valor en sí mismo es una afirmación que en Kant está indefectiblemente presente cuando se habla de los seres humanos como racionales, poseedores de un valor interno y no relativo, capaces de plantearse fines para sí y siendo ellos fines en sí mismos.

Con todo, Raz desacuerda que en el caso kantiano lo que sea digno de respeto sean las personas y no la moralidad que ellas materializan. Según sostiene, los argumentos kantianos no mostrarían que son las personas directamente los destinatarios del respeto sino las leyes morales cuya implementación deben procurar para ser respetadas, una crítica similar a la que se puede elevar contra la afirmación kantiana de que la moralidad es la condición por la cual el individuo es miembro del reino de los fines (Kant, 1983, p. 93).²² No obstante, esta crítica no es contundente si se tiene en cuenta que en algunos pasajes de la obra de Kant no es claro que la falta de realización de la ley moral conlleve a irrespetar a las personas. Se ha entendido que Kant no excluyó del carácter digno a ninguna persona, como se extrae del análisis de ciertas afirmaciones, como cuando sostiene

²² En este sentido señala: "...que el respeto kantiano tiene poco que ver con el pensamiento contemporáneo sobre el respeto a las personas. La ley moral, más que las personas, es objeto de respeto. Y no hay deberes ni requisitos para respetar a nadie ni a nada. Más bien, (un sentimiento de) respeto surge en nosotros cuando la ley moral determina nuestra voluntad" (Raz, 2001, pp. 134-135).

que “la *moralidad* y la *humanidad*, en cuanto ésta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad” (Kant, 1983, p. 91). Así las cosas, no necesariamente es el caso que la perspectiva kantiana excluya a los inmorales del respeto o de la dignidad. Primero porque parece que fundamenta el respeto en la *capacidad* de conocer lo moral y no en lo efectivamente moral. Segundo, porque incluso el inmoral es respetado de una forma más básica, cual es la de ser responsabilizado por sus conductas. En efecto, a quien se responsabiliza por su inmoralidad se le trata de una manera digna de quien es capaz de conocer lo moral, y ello dista de un trato ajeno al respeto, al menos en un sentido de atribución de hechos que estuvo en la libertad de adoptar, según su capacidad de pensarse como ser libre.

3.2. Contenido moral mínimo

Quisiera llamar la atención ahora respecto de la conexión entre la idea de autonomía y la moralidad para señalar que, en ambas perspectivas, dicha relación está presente, aunque en diferente grado, como parte del contenido sustantivo de aquella. En el caso de la autonomía kantiana es claro que el autor ubicó la moralidad dentro de un grupo de razones denominadas “categorías” en tanto no refieren a fines ajenos para extraer su plausibilidad. En cambio, dejó aquellas que tienen un valor condicionado dentro del ámbito de lo prudencial o de las decisiones afectadas por lo sensible. Así las cosas, en la medida en que el principio de daño se adecue al imperativo categórico de obrar de una manera universalmente válida, podrá ser considerado una expresión de moralidad que puede ser observada como buena. Esta conclusión sería difícil de rechazar en cuanto que, en principio, respetar la indemnidad ajena como regla de conducta corresponde con el trato digno que alguien debería recibir, básicamente, por dos razones. Primero, porque el trato que se deriva del principio de daño materializa una forma básica de expresar respeto al otro, en tanto evita una afectación negativa de manera prioritaria y, segundo, porque la necesidad de una justificación en caso en que sea permitido el daño implica que el otro está en la capacidad de entender esas razones por las cuales el daño es permisible excepcionalmente al principio. En ese orden, se integra a ambas personas

—posible causante y posible víctima— en una misma comunidad de seres racionales en la que ambos son capaces de transmitirse y reflexionar sobre las razones expresadas o implícitas en sus deberes de trato. Estas razones, a su turno, solo pueden tener un rendimiento justificatorio en tanto todos los involucrados puedan considerar que se trata de conclusiones razonables que pueden ser universalizadas. En esa medida, un principio como el del daño puede entenderse como principio moral, o que responde al deber moral, y ser cognoscible por la persona autónoma.

En contraste, no habría por qué considerar que todas las formas de razonamiento de alguien “personalmente autónomo” tengan que fundarse en razones propiamente morales: ciertamente muchas de las decisiones que tomamos como seres autónomos se apoyan en motivos prudenciales que en principio *no* involucran reflexiones universalizables. Sin embargo, esto último no es suficiente para excluir de la autonomía personal la idea de autonomía moral, de modo que no sea posible, en algún punto, defender un solapamiento siquiera mínimo entre una y otra. La razón de ser de esta convergencia radicará en que la pluralidad de formas de vivir que se defiende bajo la autonomía personal no prescinde de la necesidad de respeto por aquellos que son capaces de formar sus propios ideales de vida y, en esa medida, asume también un principio mínimo de trato hacia todos los que cuentan con tal capacidad. Solo así es posible entender que la prohibición de dañar a otros no puede ser considerada como un daño a la autonomía personal para aquel que piense que se le ha privado de la opción de dañar a otros. La negación del respeto hacia algunos, a favor de otros, representa una clara negación de los fundamentos mismos de un orden liberal. En esa medida, si bien el respeto por el otro mediante la implementación del principio de daño asume el valor de la pluralidad y cierto escepticismo respecto de una correcta manera de vivir, ese escepticismo no puede ser total, en tanto no se considera una opción plausible que la vida autónoma pueda expresarse mediante el daño injustificado a otros. Dicho en otras palabras, una organización liberal en la que se defienda la libertad y la igualdad de las personas no puede pregonar cualquier forma de autonomía como valiosa, sino que debe asumir alguna moralidad (siquiera

mínima) fundada en el valor mismo de la autonomía, a partir de la cual se permita la coexistencia de las personas como seres autónomos²³.

Este criterio de coexistencia de autonomías puede considerarse moral en tanto universalmente válido, “a la Kant”, como también una necesidad y una adecuación a la idea de tener un derecho dentro de una sociedad bajo ese imperativo moral de coexistencia. En esa línea, Kant afirma que una acción conforme a derecho es aquella “cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal” (Kant, 1999, p. 39). Ello quiere decir que la idea de compatibilidad aparece permeando la moralidad y la legalidad, con diferentes niveles y ámbitos de coerción para cada caso.

Lo interesante aquí es que el punto de una autonomía moralmente cargada, en el sentido de estar sustantivamente delimitada, no es exclusivo de Kant. También está presente en las ideas razianas sobre la autonomía, o al menos así se vislumbra de la defensa que hace este autor de una autonomía “valiosa” en la que las opciones que se tengan deben ser, en algún grado, moralmente buenas. Como se expuso, en palabras de Raz el ideal de autonomía requiere “la disponibilidad de opciones moralmente aceptables” (Raz, 1986, p. 381), siendo insuficiente tener una elección entre el bien y el mal. Como se dijo, ella requiere una elección entre bienes (Raz, 1986, p. 379). Como ejemplo de las opciones moralmente disvaliosas, Raz expone el caso de alguien que debe cometer un homicidio como condición para dedicarse a cierto oficio, señalando que no debe tomarse por autónomo a quien es constreñido de esa manera a actuar de forma moralmente disvaliosa, como si tuviese que estar en una suerte de “supervivencia moral” constante (Raz, 1986, p. 379). Esto implica que, al menos desde la perspectiva raziana, la persona autónoma no es ajena a la consideración de lo que es justo que suceda respecto de otros, porque por ejemplo los puede dañar, sino que puede juzgar la calidad o el valor de sus opciones a la hora de considerarse autónomo. En ese sentido, como lo señala Johnston, “Raz cree

²³ Lo anterior conlleva que la neutralidad moral que se predica de los estados liberales solo puede ser afirmada a partir de un punto en el que ya se ha asumido como moralmente bueno que las personas tomen sus propias elecciones respecto de lo que consideran adecuado para sus vidas (Dworkin, R., 1985, p. 181).

que un sentido de justicia es parte de la autonomía personal en el sentido en que una persona que es personalmente autónoma querrá evitar hacer las cosas que son injustas” (Johnston, 1994, p. 78.). En esa línea, Waldron también afirma que “si el adecuado uso de la autonomía es escoger entre buenas opciones, y no entre buenas y malas opciones, entonces es difícil ver cómo una elección injusta puede ser considerada como un genuino ejercicio de la autonomía personal” (Waldron, 2005, p. 321).

Conforme a lo anterior, al menos habría que admitir que el ideal de permitir una pluralidad de formas de vivir, que es exaltado en el Estado liberal y propiciado bajo el principio de daño, implica la defensa de una premisa moral según la cual es valioso que haya un respeto por quienes son capaces de autonomía, de modo que esta sea ejercida dentro de unos límites que se consideran moralmente plausibles o aceptables, que hacen que la autonomía tenga valor. Al asumir una premisa tal, se asume que la idea de autonomía no es una moralmente neutra ni escéptica de lo moralmente correcto, lo que permite evidenciar una convergencia entre lo que se considera una autonomía personal “valiosa” y ciertas implicaciones de la autonomía moral kantiana, como la capacidad de juzgar moralmente lo que es correcto y actuar en consecuencia.

3.3. Capacidad de reflexión crítica

¿Quiere decir lo anterior que las ideas de autonomía personal y autonomía moral colapsan al asumir un mínimo de convergencia que les exige acciones respetuosas hacia los demás? Esta sería una conclusión apresurada, repito, porque el hecho de que sea necesario un criterio de corrección, aunque sea mínimo, no implica que este se aplique a todas las decisiones o ámbitos en los que se entiende que uno puede ser autónomo. Ciertamente, no todas las acciones que se identifican como autónomas surgen de una reflexión moral que tiene que ver directamente con lo bueno. Existen razonamientos prudentiales que en el terreno del razonamiento práctico constituyen buena parte de lo que consideramos ser autónomos (personalmente) y que se relacionan, más bien, con la búsqueda de la felicidad. En esa línea, se ha defendido que la idea de autonomía personal tiene una mayor cerca-

nía con el propósito de buscar la felicidad, que toda persona puede tener como producto de su razonamiento práctico²⁴. Ello no quiere decir que la obtención de la felicidad tenga que ser un propósito ajeno a la moralidad, o a la capacidad de la persona racional para conocerla, sino que no necesariamente las personas concuerdan en lo que conviene a su propia felicidad, como quiera que tengan una representación meramente sensible de la manera de alcanzarla.

Esta relación entre la obtención de la felicidad y la moralidad no deja de ser un tanto compleja en Kant, quien entiende que “todos los hombres tienen una poderosísima y ferviente inclinación hacia la felicidad”, aunque esa inclinación sea ocasión para verse tentado a transgredir el deber moral. Con todo, la felicidad aún podría ser concebida como algo que habría de alcanzarse, no por inclinación, sino por deber y, de esa manera, tener valor moral (Kant, 1983, Ak IV 399). En escritos posteriores, Kant añadirá que la persona no puede renunciar a la búsqueda de la felicidad en tanto le es un “fin natural”, aclarando que la moral no enseña a ser feliz, sino “cómo debemos ser dignos de felicidad”. Según sostiene, mientras “ser feliz” puede ser una cuestión que se logre cediendo a las inclinaciones, la dignidad de ser feliz solo deviene de una voluntad coincidente con la moralidad (Kant, 2014, pp. 3-4).

Habría que destacar que bajo la concepción kantiana la persona, en tanto capaz del razonamiento práctico que busca su felicidad y como capaz de la razón moral, puede anteponer a su acción los posibles fundamentos que la pueden “impulsar” y determinar cuáles de ellos guiarán su conducta, sea para la consecución del fin práctico fijado (como la felicidad), o para el cumplimiento del deber como fin en sí mismo (la dignidad de ser feliz), según el caso. En esa medida, si bien la felicidad puede no ser coincidente con el deber, porque varía según el razonamiento práctico de cada uno, el razonador tendrá que lidiar con la variedad de fundamentos que puede tener su acción y hacer una elección entre ellos, ya sea en aras a la felicidad, o en aras a la dignidad para ser feliz. Esto aparece con claridad en ciertos pasajes donde se señala, por ejemplo, que una persona enferma de gota en el cálculo de su felicidad puede “elegir comer lo que le gusta y sufrir lo que resista, porque según su cálculo al menos no aniquila el goce del momento

presente por las expectativas, acaso infundadas, de una dicha que debe hallarse en la salud” (Kant, 1983, Ak IV, 399). En ese sentido, señala que la persona racional que busca su felicidad también tiene el espacio personal y la capacidad para, en lo que a ella respecta al menos, elegir los fundamentos de su conducta y los cursos de acción u omisión que más representen su idea de felicidad, aun cuando no necesariamente esa idea coincida con el cumplimiento del deber moral. En ese orden, es capaz de realizar cálculos de costo y beneficio respecto de lo que acarreará para sí la obtención de aquello que, considera, le hace feliz, sin dejar de ser un razonador práctico también capaz del razonamiento moral. En efecto, esa capacidad reflexiva no está ausente a la hora de acceder al conocimiento de lo moral, pues una y otra característica coinciden en la persona como ser racional, no siendo exclusiva de una forma de razonar determinada. La diferencia radicaría entonces, no en la capacidad de representarse razones morales y prudentiales (estas últimas consideraciones “motivaciones” por Kant), sino en la capacidad de la persona para que su voluntad sea guiada por unas u otras. En ambos casos, la persona podrá acceder a diferentes razones que pueden guiar su conducta y determinar cuál de ellas efectivamente lo hará, esto es, capaz de reflexionar críticamente lo que considera valioso para actuar en consecuencia. En ese sentido, puede diferenciarse que, si bien las tesis kantianas permiten una crítica (moral) de las elecciones personales dado el objetivismo moral que asumen, la misma premisa implícita en esa posibilidad de crítica consiste en que, cualesquiera sean esas elecciones, la persona puede determinar personalmente aquello que guiará su conducta según lo que quiere para sí. Esto supone que ese objetivismo es perfectamente compatible con un espacio suficiente en el que la persona racional construye o determina una idea de felicidad *propia* según lo que considera que puede contribuirle, más o menos, a ese fin.

De su parte, en el caso de la autonomía personal expuesta por Raz aparece la idea de *autoría* relacionada con el pensamiento de Frankfurt (1971), según el cual debe haber coherencia entre lo que se ha elegido para uno y las decisiones que se toman. En ese sentido, Raz señala que “para ser autónomo uno tiene que identificarse con las elecciones de uno, y uno tiene que ser leal a ellas” (Raz, 1986, p. 382). Al respecto, se puede considerar que esta coherencia exige un proceso de reflexión respecto de lo que se quiere

para uno en medio de varias opciones, lo cual guarda relación con aquello que está implicado en el razonamiento moral y prudencial que según Kant podemos llevar a cabo. En efecto, esta idea de autoría tiene que ver con la autenticidad de la persona o su individualidad en un contexto (liberal) en el que es apreciada y, en ese orden, la persona “auténtica” (autora de su propia vida) debe elaborar una reflexión crítica para la construcción de su identidad mediante las elecciones que efectúa.

En ese sentido, encuentro una proximidad entre ambas perspectivas, pues las capacidades de reflexión racional descritas por Kant para determinar los cursos de acción (y que procuran objetivos como la felicidad personal, o bien la moralidad), están presentes en la idea de ser autor de la vida propia, explicitada por Raz. A este respecto, Waldron señala que “la autonomía personal es como la autonomía moral en el tipo de deliberación y compromiso que enfatiza. En ambos casos, se alcanza una distancia crítica, en ambos casos hay reflexión, y en ambos casos esa reflexión involucra la idea de ‘quién soy realmente’” (Waldron, 2005, p. 317).

Así, tanto la autonomía moral (en Kant) como la autonomía personal (en Raz) exigen del individuo que se involucre en procesos racionales que conlleven a la determinación de las razones o motivos que guiarán la conducta y que se identificarán con la idea de felicidad que se tenga (independientemente de que esta se ajuste a lo que requiere la moral o no). Así como el enfermo de gota, en el ejemplo kantiano, puede determinar que comerá aquello que le hace daño hasta los límites de su dolor, coherentemente con lo que considera que contribuirá a su felicidad, asimismo quien es “personalmente” autónomo debe encontrar coincidencia entre sus elecciones y lo que quiere para sí. La determinación de su voluntad para seguir las razones morales o las motivaciones de la felicidad determinará, a su vez, cuán reprochable pueda ser desde el punto de vista moral esa elección para sí mismo, pero no reprochable jurídicamente si su actuar es compatible con el de los demás²⁵. Esto no implicará que, aun cuando la elección no sea buena,

²⁵ Esta ausencia de reproche será posible siempre que no se asuma una tesis perfeccionista, que no es del todo armónica con la idea de derecho subjetivo en Kant, que tiene como elemento central la compatibilidad de conductas entre las personas. Con todo, la protección de la persona respecto de lo que ella misma resuelve para sí podría fundarse en la necesidad

no tenga la posibilidad de identificar y determinar qué es lo que quiere para sí como una persona que construye su autenticidad como ser responsable de sus elecciones, capaz de acceder a razones morales o a razones prudentiales. Dicho en otras palabras, la persona como razonadora práctica y teórica (en Kant), y como autónoma personalmente (en Raz), puede hacer un ejercicio de abstracción reflexiva sobre lo que quiere para sí, con la posibilidad de seleccionar un curso de acción que no tiene por qué estar determinado por algo más allá que su voluntad (que respecto de los demás habrá de tener un contenido moral mínimo, según se expuso).

Esta posibilidad de confección de la identidad propia mediante las decisiones que responden al razonamiento práctico propio es protegida en ambas aproximaciones bajo la idea de derecho (subjetivo), que toma en cuenta la idea de compatibilidad en Kant, y de neutralidad, en el pensamiento liberal. En ambos casos se reconoce la importancia de las particularidades de cada persona y la inevitabilidad de su manifestación en la vida privada de cada uno, eso sí, con una variación en la manera como se estructura el punto de vista crítico desde el cual las elecciones personales son reprochables moralmente. Así, la idea de compatibilidad de los derechos protege que estas manifestaciones de voluntad derivadas de motivos prácticos como la felicidad no sean perturbadas, de manera que se propicie la autenticidad a la que Raz apela bajo la idea de autoría, y que es protegida claramente por el principio de daño que permite el desenvolvimiento libre y no dañoso de los individuos en la sociedad.

4. Conclusión

Hasta aquí, he tratado de mostrar muy brevemente que las ideas de autonomía moral en Kant y autonomía personal, tomando el caso de Raz como representativo, no son diametralmente distintas o, al menos, no en ciertos aspectos en los que puede evidenciarse una convergencia en punto de la idea de no dañar a otros. Efectivamente, podría especificarse que en el marco

de proteger su autonomía, considerándola incapaz de proveer lo que es adecuado para su vida, esto es, considerándola no autónoma.

de un Estado liberal que implementa un principio básico de respeto mutuo como el principio de daño, ciertos postulados kantianos ligados a la autonomía de la voluntad siguen estando presentes, aunque sea de manera latente o indirecta, cuando se apela a la autonomía personal, al menos en su versión raziana. En particular, y aunque Raz trata de tomar distancia de las ideas kantianas, es difícil no ver la cercanía con algunas de ellas, como cuando refiere al valor como fuente de respeto, el contenido moral de la autonomía a través de la idea de unas opciones “valiosas”, y la posibilidad de reflexión crítica respecto de lo que quiere cada uno como persona auténtica dentro de la sociedad. Esta convergencia, claro está, no implica una superposición de estas teorías de la autonomía, como tampoco una necesaria adscripción de Raz al pensamiento kantiano. Solamente considera que la falta de diferencias diáfanas entre ciertas ideas que soportan la autonomía moral kantiana y la autonomía personal deberían ser tenidas en cuenta al momento de problematizar sobre lo paradójico o no que puede resultar la autonomía respecto de lo que es normativo para uno dentro de un Estado liberal, porque no es claro que las diferentes formas de hablar de ella asuman premisas excluyentes o llevan a conclusiones de la misma naturaleza cuando se trata de llevar una vida en comunidad. Más bien, aparecen relacionadas según se haga un ejercicio teórico de comparación entre los argumentos que defienden una u otra aproximación, como he tratado de evidenciarlo ejemplificativamente con los autores tomados como referencia en punto del principio de daño.

Bibliografía

- Christman & Anderson (eds). (2005). Introduction. *Autonomy and the Challenges to Liberalism, New Essays* (pp. 1-26). Cambridge University Press.
- Darwall, S. (2006). The Value of Autonomy and Autonomy of the Will. *Ethics*. 116(2), 263-284.
- Dworkin, G. (1988). *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press
- Dworkin, R. (1985). “Liberalism”. En *A Matter of Principle* (pp. 181-204). Massachusetts: Harvard University Press.

- Frankfurt, H. (1971). Freedom of the Will and the Concept of a Person. *Journal of Philosophy*, 68(1), 5-20.
- Gaus, (2005). The Place of Autonomy within Liberalism. En Christman y Anderson (eds.) *Autonomy and the Challenges to Liberalism, New Essays* (pp. 272-306). Cambridge: Cambridge University Press.
- Habermas, J., (2000). *Aclaraciones a la ética del discurso, [recurso electrónico]*. Santa Fe: El Cid Editor.
- Hegel, G. (1968). *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Editorial Claridad S.A.
- Hill, T. E. (1991). *Autonomy and self-respect*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hohfeld, W. (2004). *Algunos conceptos jurídicos fundamentales* (Trad. G. Carrió). México: Fontamara.
- Iosa, J. (2017). Libertad negativa, autonomía personal y constitución. *Revista Chilena de Derecho*, 44(2), 495-518.
- Iosa, J. (2016). Introducción: Autonomía moral y autonomía política en Jan Sieckmann. *Discusiones*, 17(1), 7-18.
- Johnston, D. (1994). *The Idea of a Liberal Theory. A Critique and Reconstruction*. Princeton: Princeton University Press.
- Kant, I. (2014). *Teoría y Praxis* (2ª ed.). El Cid Editor.
- Kant, I. (1999). *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Kant, I. (1983). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa Calpe.
- Keinert, M. (2016). Autonomía, legitimidad y legalidad: en torno de un antiguo conflicto entre las facultades de filosofía y de derecho. *Discusiones*, 17(1), 73-96.
- Mill, J.S. (2015). *On liberty, Utilitarianism and Other Essays*. (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Nino, C. (2007). *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires: Astrea
- Raz, J. (2001). *Value, Respect, and Attachment*. Cambridge University Press.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- Reath, A. (2006). *Agency and Autonomy in Kant's Moral Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Rusca, B. (2020). En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño. *Política Criminal*, 15 (30), 811-839

- Schneewind, (2000). *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna* (Trad. J. Ruíz). Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Sieckmann, J. (2016). Autonomía moral y legitimidad democrática. *Discusiones*, 17(1), 21-71.
- Stewart, H. (2010). The Limits of the Harm Principle. *Criminal Law and Philosophy*, 4(1), 17-35.
- Taylor, Ch. (1994). *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Paidós.
- Turner, P. N. (2014). “Harm” and Mill’s harm principle. *Ethics*. 124(2), 299-326.

Instrucciones para autoras/es

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de comentarios críticos y una réplica por parte del autor/a del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* está destinada a discutir críticamente tanto un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia, como cuestiones relativas al diseño institucional del Poder Judicial. La sección *Discusiones: Libros* albergará trabajos que discutan una idea central presente en un libro o conjunto de artículos considerados clásicos o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que hayan tenido lugar en esta revista o en otras sedes, intentando proyectarlas hacia el futuro.

Envío y evaluación

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director o la Secretaría de Redacción (fjarena@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com)

Discusiones: sección principal. El contenido de esta sección surgirá de la decisión del Consejo Editorial, por propuesta del Comité Científico o por una propuesta externa. Las propuestas de discusión para esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del/de la editor/a y los/las discutidores/ras. La propuesta será evaluada por el Consejo Editorial pidiendo parecer al Comité Científico. En caso de ser aceptada, el texto principal será remitido por la Secretaría de redacción para su referato ciego por dos pares externos. Finalizado el proceso de evaluación, corresponderá al/a la editor/a propuesto/a la coordinación de la discusión, recopilando los

textos críticos de las personas indicadas como comentaristas y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del/la autor/a principal. Los textos propuestos para esta sección no deberán exceder las 10.000 palabras y deberán respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Cortes. La participación en la sección resultará mediante invitación del director o de las editoras o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada a las editoras Flavia Carbonell (fcarbonell@derecho.uchile.cl) o Carolina Vergel (carolina.vergel@uexternado.edu.co) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar los siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría; (3) en su caso, archivo word o pdf de la/s sentencia/s analizada/s. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Libros. La participación en la sección resultará mediante invitación del director o de las editoras o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada a las editoras Janaina Matida (janainamatida@gmail.com) o Lorena Ramírez (lorena.ramirez@upf.edu) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto debe contener un abordaje crítico y preciso sobre el libro objeto de discusión, no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Balance. La participación en la sección resultará mediante invitación del director, del editor o de la editora o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada al editor Diego Dei Vecchi (deivechidm@gmail.com) o a la editora Laura Manrique (laumanrique@hotmail.com) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar lo siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores de la revista o que se hayan llevado a cabo en otras publicaciones y deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Finalmente, el texto no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Instrucciones generales de escritura y citado

Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente Times New Roman 12. A partir del segundo párrafo se utilizará sangría izquierda de 0,5 cm. en la primera línea (el primer párrafo no lleva sangría). Se debe evitar el uso de tabulación, lista y viñetas.

El título principal, en español, estará redactado en negrita, con interlineado a espacio y medio, alineado a la derecha y en letra fuente Times New Roman 14. Debajo deberá incluirse, en cursivas, sin negritas y alineado a la derecha, el título en inglés.

Inmediatamente bajo el título principal de cada trabajo (alineado a la derecha), en letra fuente Times New Roman 12, las/os autoras/es pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán

mención de su grado académico, de su pertenencia institucional (incluyendo ciudad y país) y de su correo electrónico.

A dos espacios (abajo) del nombre, se ubicará, en español y en inglés, el resumen, de no más de 150 palabras, y las palabras claves (entre 3 y 6). Deben redactarse en letra tamaño 10, interlineado sencillo y con sangría izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas. Primero se incluirá la versión en español y, a un espacio (abajo), se incluirá la versión en inglés.

A dos espacios (abajo) se ubicará el primer título. Los títulos y subtítulos estarán redactados en negrita y tamaño 14, dejando un espacio entre el (sub) título y el primer párrafo. La numeración de los títulos y subtítulos se hará en números arábigos. Ej: 1. Mujeres al poder; 2.1. Feministas a la cabeza

Las citas textuales, de una extensión menor a tres renglones, se indicarán entre comillas voladas dobles y se usarán comillas voladas simples si la cita incluye comillas. Las citas textuales de una extensión mayor a tres renglones se deberán indicar en párrafo separado, sin comillas, con sangría izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas, sin sangría en primera línea, y deberán estar redactadas en fuente Times New Roman 11, redondas, interlineado simple. Debe dejarse un espacio antes y después de la cita.

En caso de que la/el autor/a decida insertar argumentos en párrafo separado fuera del cuerpo del texto, el formato será en Times New Roman 12, interlineado 1,5, con sangría izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas, sin sangría en primera línea, sin uso del formato de tabulación, numeración y viñetas. Debe dejarse un espacio antes y después.

Referencias:

Se realizarán siguiendo el sistema de la American Psychological Association (APA - 6th edition). Por lo que preferiblemente se incluirán en el cuerpo del texto y deben ir entre paréntesis, indicando el apellido de la autora o autor, la fecha de publicación y el número de página(s). Ejemplo: “Como

se ha dicho, el derecho es doblemente indeterminado (Guastini, 2014, p. 55)”. Si se hace una mención general, se hará constar solamente el apellido de la autora o autor y el año de publicación de la obra. Ejemplo: “Este tema ya ha sido abordado otras veces (Bayón, 1994; Redondo, 1996)”. Las referencias bibliográficas se harán en notas a pie de página únicamente cuando sea inadecuado para el desarrollo del texto hacerlo en el cuerpo del texto. Ejemplo: “Véase, para una versión diferente de esta tesis (Celano, 2013, pp. 135-136)”. Los números que reenvían a las notas se ubicarán luego del signo de puntuación. Las notas al pie de página deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo.

La bibliografía se incorporará al final del artículo, antecedida por el título “Bibliografía” en fuente Times New Roman 14, en negritas, y deberá contener exclusivamente las obras citadas (tanto en el cuerpo del texto como en las nota a pie de página). Las referencias, ordenadas alfabéticamente según el apellido del autor o autora, se harán de la siguiente manera (para más indicaciones consultar directamente las normas APA 6ta edición):

Si se trata de un libro: Guastini, R. (2011). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.

Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B. (2013). What can Plans do for Legal Theory?. En Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law* (pp. 129-152). London: Springer.

Si se trata de un artículo en revista: Redondo, M.C. (2006). Sobre la completitud de los sistemas jurídicos. *Análisis Filosófico*, 26(2), 294-324.

Las obras de un mismo autor o autora se listarán en orden descendente por fecha de publicación y usando letras cuando haya más de una publicación para un año (2010, 2001, 1997a, 1997b, etcétera).

La bibliografía estará redactada en letra Times New Roman 12, interlineado de 1,5 y llevará sangría francesa de de 0,5 cm.

Lenguaje inclusivo

La Revista Discusiones recomienda y valora positivamente el seguimiento de las siguientes reglas de lenguaje inclusivo:

(i) Evitar el uso del masculino de manera genérica (*i.e.*, evitar “el refugiado” y usar, en cambio, “la persona refugiada”) y el uso de falsos genéricos (*i.e.*, evitar “los hombres” y usar, en cambio, “las personas” o “la humanidad”).

(ii) Preferir el uso de genéricos terminados en A, E o L (*i.e.* “la/el pianista”, “las/los asistentes”, “la/el profesional”) o, en su defecto, el correspondiente desdoblamiento (*i.e.*, “las/os niñas/os”, “la/el deportista”). En este último caso, se podrá apelar a las perífrasis o giros para evitar sobrecargas (*i.e.*, “Las personas interesadas” en lugar de “las/los interesadas/os”)

(iii) Evitar el uso de denominaciones sexuadas (*i.e.*, evitar “una mujer policía” y usar, en cambio, “una policía”).

(iv) Al proponer ejemplos, evitar aquellos que reproduzcan y refuercen un estigma, paradigma, sesgo, canon o dispositivo de opresión cuando, obviamente, no estén destinados a ejemplificar alguna de estas circunstancias.

Se terminó de imprimir en 2022
en Ediuns, Bahía Blanca, Argentina.
Se imprimieron 50 ejemplares

