



Revista de Derecho (Valdivia)

ISSN: 0716-9132

revider@uach.cl

Universidad Austral de Chile

Chile

Arena, Federico José

Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual

Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIX, núm. 1, junio, 2016, pp. 51-75

Universidad Austral de Chile

Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173746326003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual

Federico José Arena*

RESUMEN

Suele exigirse a los jueces que prevengan o contrasten los efectos perjudiciales de los estereotipos. El autor sostiene que para comprender esta exigencia es necesario advertir que el uso del término estereotipo no es siempre homogéneo. Existe un uso descriptivo cuando el estereotipo atribuye una propiedad a los miembros de un grupo por el solo hecho de pertenecer a ese grupo y existe un uso normativo cuando se atribuye un deber a los miembros de un grupo, por el hecho de pertenecer a ese grupo. En este trabajo se propone distinguir entre estereotipos descriptivos y estereotipos normativos sobre la base de su dirección de ajuste. Asimismo, el autor ofrece un análisis conceptual de los estereotipos normativos a partir de las nociones de convención y constitutividad. Y finalmente se introducen algunos criterios de relevancia destinados a determinar cuándo el uso de estereotipos está prohibido y cuándo es obligatorio.

Categorización social – estereotipos – dirección de ajuste – convenciones
constitutivas – identidad

Normative Stereotypes in Legal Rulings. A Conceptual Survey

ABSTRACT

Judges are often required to avoid or prevent the negative effects of stereotypes. The author claims that to understand this requirement it is indispensable to note that the usage of "stereotype" is not always homogenous. The use is descriptive when it ascribes a property to the members of a group on the mere basis of their belonging to the group. The use is normative when it ascribes a duty to the members of a group on the mere basis of their belonging to the group. In this work the author proposes to distinguish between descriptive and normative stereotypes on the basis of their direction of fit. Likewise, the author offers a conceptual analysis of normative stereotypes based on the ideas of conventionality and constitutivity. Finally, the paper introduces some criteria of relevance in order to determine whether the use of a normative stereotype is prohibited or mandatory.

Social categorization – stereotypes – direction of fit – constitutive
conventions – identity

* Doctor en filosofía del derecho y bioética jurídica, Università di Genova, Italia. Investigador Asistente en Conicet – Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Profesor invitado, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Correo electrónico: fjarena@gmail.com.

Artículo recibido el 1 de julio de 2015 y aceptado para su publicación el 21 de enero de 2016.

I. INTRODUCCIÓN**

Al relacionarnos con los demás es bastante usual clasificarlos o encuadrarlos en categorías. Este modo de proceder vuelve más simple la interacción, ya que nos permite anticipar sus posibles comportamientos apoyándonos en ciertas expectativas. El procedimiento quizás no es tan evidente en nuestras relaciones con las personas más cercanas, ya que respecto de ellas solemos contar con información individualizada y estamos dispuestos a apoyar nuestras expectativas en esa información directa, descartando categorías previas. De todos modos, en sociedades complejas y masivas, la categorización social parece un mecanismo indispensable para apoyar expectativas acerca de personas con las que interactuamos pero respecto de las que contamos con muy poca información. A pesar de esta aparente indispensabilidad, el uso de las categorías sociales no está exento de dificultades. Así, las categorías sociales están estrechamente relacionadas con aspectos sensibles como la autopercepción de los individuos, la construcción de identidades y las actitudes discriminatorias, entre otros.

En ámbito jurídico suele exigirse a los jueces que prevengan o contrasten los efectos perjudiciales de la categorización social. En particular los jueces deberían estar atentos a un tipo problemático de categorización social, a saber, los estereotipos. Sin embargo, no ha sido fácil identificar sobre qué base un estereotipo es jurídicamente relevante y, en consecuencia, tampoco ha resultado sencillo determinar el alcance de la exigencia, es decir, determinar si todos los estereotipos han de ser evitados o si, en cambio —puesto que algunos son, o bien inevitables, o bien valiosos—, hay casos en que son aceptables u obligatorios. Estas dificultades se deben, sobre todo, a que el uso del término estereotipo no es siempre homogéneo.

Por lo general, mediante un estereotipo se atribuye una propiedad a los miembros de un grupo por el solo hecho de pertenecer a ese grupo¹. Es decir, se atribuye una propiedad B a todos los miembros de una categoría en virtud de que, en cuanto poseen la propiedad A, pertenecen a esa categoría². La propiedad puede ser positiva o negativa (i.e. los cumbieros son violentos, los asiáticos son buenos en matemáticas)³.

** Agradezco a Damiano Canale, Rodrigo Coloma y Álvaro Núñez por sus comentarios a versiones anteriores de este trabajo. Quisiera agradecer también a los participantes de los seminarios en la Universidad Adolfo Ibáñez, la Universidad Alberto Hurtado, la Universidad Austral de Chile y la Universidad Diego Portales.

¹ Oakes, P. et al., *Stereotyping and Social Reality*, Blackwells, Oxford, 1994.

² Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2003.

³ Este es uno de los rasgos que distinguiría a los estereotipos de otras formas críticas de categorización social, como los prejuicios o los sesgos implícitos (*implicit bias*). Así, los prejuicios incluyen una actitud negativa respecto de un grupo y una disposición a valorar negativamente los miembros de ese grupo. En cambio, los estereotipos no incluyen necesariamente un prejuicio en este sentido. Por ejemplo, sostener un estereotipo negativo respecto de un grupo X no siempre da lugar a una actitud negativa hacia el grupo X. Ello puede deberse a que la característica asociada al grupo es neutra respecto de otros valores (los asiáticos no son buenos conduciendo) o a que la característica da lugar a sentimientos de otro tipo (las personas de color saben bailar). Blum, L., "Stereotypes and Stereotyping: A Moral Analysis", en *Philosophical Papers*, Vol. 33, Num. 3, 2004. Un sesgo implícito consiste en la atribución inconsciente de un menor valor moral a una persona

Estereotipamos, por ejemplo, cuando asociamos ciertas características personales, tales como cabeza rapada a los costados, bermudas anchas y preferencia por la cumbia, con ciertas características de comportamiento, como holgazanería y propensión a la violencia. Tales características personales pueden o no indicar de manera probabilística esas características de comportamiento, pero ciertamente no las indican de manera inexorable. Por eso, suele discutirse sobre los estereotipos en términos similares a los que se discuten las generalizaciones. Ello en cuanto no poseen una base universal y, en el mejor de los casos, se trata de afirmaciones acerca de la existencia de una correlación estadística, entre la propiedad adscrita a los miembros de un grupo y el hecho de ser miembro de ese grupo⁴.

Hay otro tipo de estereotipos cuya dirección de ajuste es diferente. Estos estereotipos no pretenden describir, sino atribuir un deber a los miembros de un grupo, por el hecho de pertenecer a ese grupo. Por ejemplo, quien defiende el estereotipo según el cual las madres deberían ser amas de casa no afirma que la mayoría de las madres son amas de casa (o que existe una correlación estadística entre ser madre y ser ama de casa), sino que sostiene que las madres deben asumir ese rol.

Esta segunda clase de estereotipos ha sido señalada por varios autores pero mi impresión es que no se ha avanzado mayormente en su análisis, ni tampoco en la determinación de los criterios de relevancia a los que estarían sujetos⁵. En este trabajo quisiera dar algunos pasos en ese sentido. Para ello empezaré por distinguir en mayor detalle entre estereotipos descriptivos y estereotipos normativos (sección 2). Luego me referiré brevemente a los estereotipos descriptivos, ya que varias consideraciones respecto de ellos permiten avanzar en el análisis de los estereotipos normativos (sección 3). A continuación presentaré una propuesta conceptual referida a los estereotipos normativos a partir de las nociones de convención y constitutividad (sección 4). Y finalmente introduciré algunos criterios de relevancia (sección 5). Cerraré con algunas consideraciones a modo de conclusión preliminar.

II. DOS CLASES DE ESTEREOTIPOS. ENTRE CATEGORÍAS Y NORMAS

El término “estereotipo” parece tener una intensa capacidad expresiva. Señalar que una afirmación es un estereotipo es por lo general suficiente para que el oyente la condene. Este efecto expresivo homogéneo dificulta el análisis de su significado, ya que

o grupo de personas y suele traducirse en preferencias categóricas (independientes del contexto) a favor o en contra de determinados grupos o personas. Alexander, L., “What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, preferences, stereotypes, and proxies”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141, Num. 1, 1992. No avanzaré aquí en el análisis de estas distinciones y me limitaré al tratamiento de los estereotipos.

⁴ Schauer, F., *op. cit.* y Appiah, K.A., “Stereotypes and the Shaping of Identity”, en *California Law Review*, Vol. 88, Num. 1, 2000.

⁵ Se refieren explícitamente a ellos Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, Princeton UP, Princeton, 2005 y Cook, R.J. y Cusack, S., *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Bogotá, 2010.

a veces bajo ese término se encuentran referencias a situaciones diferentes. Creo que el siguiente ejemplo permite advertir este problema.

En 2014 el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer debía dictaminar sobre el accionar del Poder Judicial español en el caso González Carreño. En ese caso, luego de la separación, motivada principalmente por el maltrato y los abusos sufridos por la mujer, el marido había aprovechado las horas de visita para secuestrar y posteriormente asesinar a la hija de ambos, suicidándose inmediatamente después. Respecto de ese caso, el Comité consideró que “las autoridades encargadas de otorgar protección privilegiaron el estereotipo de que cualquier padre, incluso el más abusador, debe gozar de derechos de visita y de que siempre es mejor para un niño ser educado por su padre y su madre; ello sin realmente valorar los derechos de la menor e ignorando que esta había manifestado tener miedo de su padre y rechazaba el contacto. Los tribunales dieron por establecido que es mejor tener contacto con un padre violento que no tener ningún contacto con él. Las circunstancias del caso requerían que las autoridades y tribunales evaluaran si las visitas respetaban el derecho de la menor a la vida, a vivir libre de violencia y al principio del interés superior del menor. [...] El marido] no fue sancionado por sus múltiples agresiones hacia la autora ni por el impago de la pensión alimenticia. A pesar de la solicitud de la autora, su marido tampoco fue obligado a seguir una terapia con miras a normalizar la relación con su hija. La evaluación por parte de las autoridades del riesgo para la autora y su hija aparece empañada por el prejuicio y estereotipo que lleva a cuestionar la credibilidad de las mujeres víctimas de violencia doméstica”⁶.

En esta cita, no todo aquello que es señalado como “estereotipo” parece funcionar del mismo modo. En particular, creo posible distinguir dos situaciones diferentes según su dirección de ajuste.

En las del primer tipo, aquello que se considera un estereotipo persigue ofrecer información acerca del mundo, es decir, persigue describir un estado de cosas. Es por ello que los denominaré estereotipos descriptivos. Su dirección de ajuste es estereotipo-grupo social, que quiere simplemente decir que si el estereotipo no coincide con el mundo ello es una razón para abandonar o modificar el estereotipo⁷. En virtud de esto, los estereotipos

⁶ Caso González Carreño (España), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 58º período de sesiones, 30 de junio a 18 de julio de 2014, Comunicación Nº 47/2012 (CEDAW/C/58/D/47/2012).

⁷ Si bien fue inicialmente utilizada para distinguir dos tipos de actos lingüísticos (asertivos y directivos), la expresión “dirección de ajuste” se ha extendido para distinguir también entre diferentes tipos de enunciados (descriptivos y prescriptivos) y de estados mentales (creencias y deseos). El uso de la expresión tiene un origen combinado. Por un lado, parece que el primero en utilizar la expresión fue John L. Austin (en Austin, J.L., “How to Talk-some simple ways”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 53, 1953), pero para señalar una distinción diferente, entre tipos de actos asertivos. El uso actual se asemeja al que Austin hacía de la expresión *onus of match*. Por otro lado, el uso actual se vincula con una distinción formulada por G. Elizabeth M. Anscombe en su obra *Intention* (Anscombe, G.E.M., *Intention*, Basil Blackwell, Oxford, 1957, p. 56 de la segunda edición de 1963), si bien la autora no utiliza esa expresión. Por lo que en definitiva ha sido John R. Searle quien en diferentes obras ha dotado a la expresión del contenido que actualmente posee. En particular véase Searle, J.R., “A Taxonomy of Illocutionary Acts”, en *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, Vol. 6, 1975. Véase además Humberstone, L., “Direction of Fit”, en *Mind*, Vol. 101, 1992; Smith,

descriptivos pueden ser evaluados sobre la base de su correspondencia o no con las reales propiedades del grupo al que se refieren. Como por ejemplo, el estereotipo según el cual los italianos son buenos cocineros. O, en el texto citado, el estereotipo según el cual las víctimas de violencia doméstica son poco creíbles⁸.

En las situaciones del segundo tipo, aquello que es denominado estereotipo posee en cambio una dirección de ajuste grupo social-estereotipo. Ello quiere simplemente decir que la falta de coincidencia entre mundo y estereotipo es una razón para modificar el mundo y no una razón para modificar el estereotipo. En este caso existe una relación de deber ser entre la conducta asociada con los miembros del grupo y el hecho de ser miembro del grupo; es por eso que los llamaré estereotipos normativos. Así, no tiene en principio sentido preguntarse si los estereotipos normativos describen o no correctamente un grupo o categoría de personas. Por el contrario, se trata de normas en virtud de las cuales se considera que una persona con determinada característica debería desempeñar ciertas tareas o asumir determinados roles sociales⁹. Como en el texto citado más arriba, el estereotipo que distribuye, entre padres separados, el rol de la tenencia a las madres y el de las visitas a los padres.

En virtud de la importancia de la distinción entre direcciones de ajuste, no me parece conveniente usar una definición mixta de estereotipo, como la que propone la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del estereotipo de género. Según la Corte, “el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que *son o deberían ser* ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”¹⁰.

Si bien es cierto que, en cuanto todos los estereotipos dan lugar a expectativas, sería posible afirmar que todos son normativos; solo algunos de ellos tienen además la pretensión de afirmar, no una expectativa acerca de las propiedades que posee un miembro del grupo, sino acerca de los roles que debe desempeñar. Solo estos últimos son normativos en el sentido aquí propuesto.

Ciertamente, la distinción que propongo entre estas dos clases de estereotipos no quiere decir que no haya relaciones entre ellos. Por un lado, suele ser el caso que a

M., “The Humean Theory of Motivation”, en *Mind*, Vol. XCVI, 1987; Platts, *Ways of Meaning*, Routledge and Keegan Paul, London, 1979, pp. 256-257.

⁸ Es por ello que, en general, los estereotipos descriptivos son asociados a estados mentales doxásticos. Por ejemplo, suelen ser definidos como “conjunto de creencias acerca de las características de un grupo social”. Jussim, L. *et al.*, “The Unbearable Accuracy of Stereotypes”, en Nelson, T. D. (coord.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Psychology Press-Taylor and Francis, New York, 2009, p. 201. Yo prefiero aquí limitarme al análisis del contenido proposicional de tales estados mentales, sin prejuzgar, al menos al momento de la definición, cuál es exactamente ese estado mental.

⁹ Alexander, L., *op. cit.*

¹⁰ Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México. Sentencia del 16/11/2009. Serie C N° 205, párrafo 401. CIDH. En este caso estaba bajo examen la actuación de funcionarios mejicanos en casos de desaparición de mujeres en Ciudad Juárez. Los dos sentidos de estereotipo pueden apreciarse también en algunas afirmaciones de la Corte: “los comentarios efectuados por funcionarios en el sentido de que las víctimas se habrían ido con su novio [e. descriptivo] o que tendrían una vida reprochable [e. normativo] y la utilización de preguntas en torno a la preferencia sexual de las víctimas constituyen estereotipos”. Véase párrafo 208.

partir de un estereotipo descriptivo se construya uno normativo. Por ejemplo, bajo la suposición que las mujeres poseen ciertas capacidades y talentos que las vuelven más aptas para los trabajos hogareños, se construye la exigencia de que si son madres deben ser también amas de casa. Por otro lado, es probable que la corrección de un estereotipo descriptivo se deba a la existencia de un estereotipo normativo. Por ejemplo, si existe el estereotipo normativo según el cual las profesiones militares corresponden a los hombres, es probable que ello conduzca a que, de hecho, las mujeres no emprendan esa carrera y por lo tanto que sea correcto el estereotipo descriptivo según el cual las mujeres no optan por la carrera militar.

III. BREVE EXCURSUS SOBRE ESTEREOTIPOS DESCRIPTIVOS

La atención de los teóricos ha recaído principalmente sobre los estereotipos descriptivos (en esta sección, y salvo especificación, “estereotipo/s” está por “estereotipo/s descriptivo/s”), respecto de los cuales se ha avanzado en el análisis de los criterios de relevancia. Como adelanté, mediante los estereotipos se atribuyen propiedades o características a los miembros de un grupo por el hecho de pertenecer a él. Ello implica que no es posible descartar *a priori* todos los estereotipos, ya que algunos de ellos, si bien no necesariamente todos, pueden describir correctamente las características de los miembros de un grupo. En este sentido, se ha propuesto distinguir entre estereotipos sin base estadística y estereotipos con base estadística¹¹. Carecen de base estadística los estereotipos que atribuyen a los miembros de un grupo una característica que no poseen y suelen ser denominados “estereotipos falsos”. En cambio, tienen base estadística los estereotipos que asocian a los miembros de un grupo una propiedad que efectivamente poseen¹². Ello no quiere decir que la mayoría de los miembros del grupo posee esa propiedad, sino que el hecho de ser miembro de ese grupo, y no de otro, hace más probable que se la posea¹³.

Los estereotipos falsos son menos problemáticos desde el punto de vista teórico, porque es más sencillo advertir que deben ser evitados, ya que implican una falsa representación del grupo¹⁴. El problema teórico lo crean los estereotipos con base estadística,

¹¹ Schauer, F., *op. cit.*, Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, *op. cit.*, entre otros.

¹² Si bien ello es impreciso, por razones de brevedad, de ahora en más “propiedades del grupo” se refiere elípticamente a “propiedades de los miembros del grupo”. Es impreciso pues claramente existen propiedades del grupo que no son propiedades de sus miembros, e.g. “los argentinos son divisibles por dos”.

¹³ Resulta impreciso afirmar que los estereotipos son “falsos” cuando carecen de base estadística, porque si por “base estadística” entendemos un modo de recolectar y analizar datos, entonces la falsedad (o verdad) de un estereotipo es anterior a esa actividad epistémica. Es decir, un estereotipo puede ser verdadero aún sin base estadística, en el sentido que todavía no se han obtenido ni procesado los datos. La verdad/falsedad depende de la correcta representación del grupo, la presencia/ausencia de base estadística depende de una actividad epistémica. Gracias a Damiano Canale por esta señalación.

¹⁴ Ello implica que también constituyen una falsa representación de cada uno de los miembros del grupo. Nótese que esta implicación no equivale a que ningún miembro del grupo posee la propiedad en

ya que afirmar que todos ellos son problemáticos equivaldría a rechazar también otras generalizaciones que consideramos aceptables¹⁵. Es por ello que las dificultades para avanzar en el análisis de la relevancia de los estereotipos descriptivos se deben en parte a que existe un vínculo y una continuidad entre el categorizar y el usar estereotipos.

Las categorías son un componente básico de nuestro modo de pensar, actuar, percibir y hablar. Los sistemas conceptuales se organizan en términos de categorías y la mayor parte de nuestro pensamiento involucra el uso de ellas. Moviéndonos por el mundo, categorizamos a las personas, a los animales y a los objetos físicos, ya sean naturales o artificiales. Gran parte del proceso de categorización es automático e inconsciente, solo lo advertimos cuando nos enfrentamos a algunos casos problemáticos. Así, nos preguntamos por las propiedades de la categoría “vino” o “asado” cuando tenemos que decidir si es vino el líquido producido a partir de la fermentación alcohólica del jugo de ananá o si es un asado la cocción de vegetales sobre una parrilla y a las brasas.

Es bastante común que las personas escojan un aspecto bien comprensible o fácil de percibir de un fenómeno y lo usen para referirse al fenómeno en su totalidad; o que usen una subcategoría o miembro para comprender la categoría como un todo¹⁶. En esos casos, una subcategoría está por la categoría en su conjunto y sirve para definir expectativas acerca de toda la categoría, i.e. la expectativa de ser idéntica a la subcategoría. Por ejemplo, a pesar que algunos tigres puedan ser mansos, categorizar a un animal que tenemos enfrente como un tigre nos permite tomar decisiones rápidas para ponernos a salvo. La categorización es una característica adaptativa, ya que libera de parte de su carga a nuestra capacidad cognitiva y le permite llevar adelante otras tareas. Una vez que incluimos un individuo en una categoría podemos asociarlo a una gran cantidad de información, que poseemos con anterioridad sin necesariamente corroborarla en el caso actual¹⁷.

Los estereotipos funcionan de ese modo. Es decir, cuando existe un estereotipo, a una subcategoría le ha sido socialmente reconocido el estatus de representar (estar por) la categoría en su conjunto, generalmente con la finalidad de llevar a cabo evaluaciones o razonamientos veloces respecto de los sujetos estereotipados. Por lo general, la subcategoría que desempeña el rol de estereotipo es más fácil de comprender, de recordar, reconocer y más fácil de usar en el contexto inmediato¹⁸. Gracias a este carácter impreciso, el estereotipo es capaz de desempeñar una función cognitiva. Asociando la pertenencia a un grupo con un conjunto de características podemos ahorrar esfuerzos,

cuestión, ya que ello no se seguiría necesariamente de afirmar que el grupo no la posee. La falsa representación de cada uno de los miembros, incluso de aquellos que posean la propiedad, se verifica en cuanto la posesión o no de la propiedad no es consecuencia de (no está ligada a) la pertenencia al grupo.

¹⁵ Véase Schauer, F., *op. cit.* y Case, M.A., “‘The Very Stereotype the Law Condemns’: Constitutional Sex Discrimination. Law as a Quest for Perfect Proxies”, en *Cornell Law Review*, Vol. 85, Num. 5, 2000.

¹⁶ Rosch, E. y Lloyd, B.B. (eds.), *Cognition and Categorization*, Erlbaum, Hillsdale, NJ, 1978.

¹⁷ Mervis, C. y Rosch, E., “Categorization and Natural Objects”, en *Annual Review of Psychology*, Vol. 32, 1981.

¹⁸ Lakoff, G., *Women, Fire, and Dangerous Things. What Categories Reveal about the Mind*, The University of Chicago Press, Chicago-Londres, 1987.

ya que no necesitamos obtener mayor información que la indispensable para establecer la pertenencia al grupo.

Si los estereotipos con base estadística tienen esta estructura, entonces no todos son inaceptables. Es decir, la inaceptabilidad de los estereotipos no puede provenir del hecho que sean generalizaciones no universales, pues ello es una característica que comparten con todas las categorías¹⁹.

Sin embargo, la importancia de la función cognitiva no debe ser exagerada. Es cierto que los estereotipos con base estadística poseen rendimiento cognitivo, ya que permiten tomar decisiones, tanto acerca del grupo en general como acerca de un individuo perteneciente al grupo. Pero en este último caso solo en supuestos de falta de información. Es decir, frente a evidencia contraria, la persistencia de la atribución de ciertas características a un individuo, por el hecho de pertenecer al grupo, está solo excepcionalmente justificada. Desde el punto de vista cognitivo, aun cuando el estereotipo sea correcto respecto del grupo, no tiene sentido mantenerlo frente a un individuo que demuestra no satisfacerlo, salvo que tengamos otras razones para dudar de nuestra capacidad perceptiva actual. Con otras palabras, únicamente en circunstancias excepcionales, vinculadas a la baja calidad epistémica de la constatación actual, parece cognitivamente adecuado aplicar el estereotipo frente a información individual discordante. De lo contrario, la constatación de la no satisfacción del estereotipo por parte de un individuo presiona, cognitivamente, a no usar el estereotipo en esa ocasión. Claramente, ello no implica necesariamente abandonar el estereotipo.

Parece entonces que podemos distinguir una dirección de ajuste general y una individual en los estereotipos. La general se refiere a la corrección del estereotipo respecto del grupo (con y sin base estadística), la individual se refiere a la corrección del estereotipo respecto de un individuo miembro del grupo (posesión o no de la característica asociada con el grupo). La falta de ajuste general presiona para abandonar el estereotipo. La falta de ajuste individual presiona para descartar el estereotipo en el caso particular, pero no necesariamente para abandonarlo.

En ámbito jurídico, en cambio, si bien los criterios de relevancia tienden a apoyarse en la valencia cognitiva del estereotipo, ello no es siempre así. Existen casos en que, a pesar de ser correctos desde el punto de vista de la dirección de ajuste general, existe presión para abandonar el estereotipo. Ello está vinculado tanto con consideraciones igualitarias relativas a las “categorías sospechosas”²⁰, como con el tipo de actitudes que los estereotipos generan, ya sea en sus portadores (quienes razonan usando el estereotipo) como en sus destinatarios (los sujetos estereotipados)²¹.

¹⁹ Véase Schauer, F., *op. cit.*, pp. 75-78.

²⁰ Véase, entre otros, Case, M.A., *op. cit.*

²¹ Por ejemplo, el portador, primero, no logra percibir a los miembros del grupo como individuos que poseen sus propias características personales y, segundo, es insensible frente a la variedad interna del grupo estereotipado. Véase Blum, L., *op. cit.* Al mismo tiempo, los estereotipos suelen producir en los destinatarios un tipo de reacción denominada amenaza-de-estereotipo. Percibirse como destinatario afecta negativamente el comportamiento de manera tal que el estereotipo resulta confirmado. Steele, C.M., *Whistling Vivaldi. How*

Como adelanté en la introducción, aquí me quiero ocupar principalmente de los estereotipos normativos. Por lo que hechas estas consideraciones acerca de los estereotipos descriptivos, quisiera ahora, en cambio, avanzar, primero, en el análisis de los elementos y el funcionamiento de los estereotipos normativos y, segundo, en la determinación de los criterios de relevancia.

IV. LOS ESTEREOTIPOS NORMATIVOS

Para llevar adelante el análisis de los estereotipos normativos propongo considerar un ejemplo del derecho chileno, referido a la prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil²². El Tribunal Constitucional de ese país tuvo que decidir respecto de la constitucionalidad del artículo 365 del Código Penal que castiga las relaciones homosexuales entre hombres mayores de 14 años cuando (al menos) uno de ellos (el sujeto pasivo) sea menor de 18 años²³. El 4 de enero de 2011 el Tribunal rechazó el requerimiento, afirmando la constitucionalidad del artículo, considerando, entre otras cosas, la necesidad de proteger la integridad física y psíquica y la indemnidad sexual de los menores de edad.

Las críticas que, en cambio, sostenían la inconstitucionalidad del artículo se dirigían sobre todo a señalar el trato diferencial otorgado a la homosexualidad masculina, respecto de toda otra acción de significación sexual con una persona menor de 18 años pero mayor de 14 años. Es decir, la “ley reconoce al menor de edad [púber] de género masculino [un] ámbito de autonomía para realizar toda clase de acciones de significación sexual con personas de género femenino y para realizar casi toda clase de acciones de

Stereotypes Affect Us and What We Can Do, W.W. Norton & Co., New York, 2010. Asimismo, la dirección de ajuste individual produce también criterios de relevancia complejos. Por un lado, suele argumentarse que cuando la dirección de ajuste individual falla, atarse a ellos genera una afectación del principio de igualdad. Se trata de aquellos casos en que se pretende usar un estereotipo incluso respecto de individuos que no lo satisfacen, es decir, individuos que no poseen la propiedad que el estereotipo atribuye al grupo de pertenencia. Así, si se impide el ingreso a la carrera docente a una persona que ha superado el límite de edad, pero que no obstante posee las capacidades necesarias para el ejercicio de esa actividad, se viola el principio de igualdad en cuanto se impone a un caso la misma solución aplicada a casos respecto de los cuales existe una diferencia relevante. Sin embargo, por otro lado, existen situaciones en las que aun cuando la dirección de ajuste individual sea incorrecta, consentimos que el estereotipo siga siendo usado. Por ejemplo, tratándose del estereotipo según el cual las personas mayores de cierta edad poseen la madurez política necesaria para votar.

²² El artículo 365 del Código Penal dispone: “El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”. Interpretado de manera contextual, teniendo en cuenta las demás normas del código, el artículo prohíbe la penetración genital anal de una persona de género masculino menor de 18 años pero mayor de 14 años.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, rol N° 1683-2010. Véase también Bascuñán Rodríguez, A. *et al.*, “La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. Informe en derecho”, en *Revista de estudios de la justicia*, Vol. 14, 2011.

significación sexual con personas de género masculino, con tal que no consistan en ser él el objeto de acceso carnal”²⁴.

Esta decisión judicial fue criticada por, entre otras cosas, hacer uso de estereotipos. Por ejemplo, según Bascuñán, el voto de la mayoría

“hace suya una representación cultural arraigada desde la antigüedad, conforme a la cual el rol pasivo en el coito es incompatible con la masculinidad. Considerar sin embargo, que en este contexto esa es una razón válida para que la ley lo prohíba es algo muy distinto. Implica subordinar el reconocimiento de la dignidad humana a la conformidad con un estereotipo”²⁵.

Para entender críticas como la de Bascuñán es indispensable eliminar la ambigüedad del término “estereotipo”. Es decir, determinar si se atribuye al tribunal un estereotipo descriptivo o normativo. Para avanzar en ese análisis, y esclarecer los elementos y la estructura de los estereotipos normativos, me parece importante distinguir de manera preliminar los diferentes ámbitos del fenómeno jurídico en el que pueden aparecer.

4.1. *Estereotipos normativos y ámbitos del derecho*

Del ejemplo citado, surge claramente que un primer ámbito en el que suelen influir los estereotipos es en la producción normativa. Siguiendo a Schauer, podemos distinguir tres elementos o, quizás de manera más precisa, tres niveles en la estructura de las reglas generales. Me refiero a los niveles de la justificación, de la generalización descriptiva y de la generalización prescriptiva (o regla propiamente dicha)²⁶. Así, en el conocido ejemplo de la prohibición de entrar con perros en el restaurante, estos tres niveles estarían representados del siguiente modo:

- (i) Justificación: es valioso evitar molestias a los clientes.
- (ii) Generalización descriptiva: la propiedad de ser perro hace más probable que se verifique también la propiedad de ocasionar molestias a los clientes²⁷.

²⁴ Bascuñán Rodríguez, A., “La prohibición de la homosexualidad masculina juvenil”, en *Estudios Públicos*, Vol. 124, 2011, pp. 121-122.

²⁵ Bascuñán Rodríguez, A., *op. cit.*, pp. 128-129. También ven aquí un estereotipo Casas Becerra, L. *et al.*, “Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de derecho público de la Universidad Diego Portales*, Vol., 2012, pp. 265-271. Para un análisis detallado de la cuestión de constitucionalidad véase el informe en derecho de Bascuñán Rodríguez, A. *et al.*, *op. cit.*.

²⁶ En palabras de Schauer: “El predicado fáctico de una regla consiste en una generalización percibida como causalmente relevante respecto de alguna meta que se persigue o de algún mal que se busca evitar. La prescripción de esa meta o la proscripción de ese mal constituyen la justificación que determina qué generalización conformará el predicado fáctico de la regla”. Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 86.

²⁷ Esta enunciación de la generalización descriptiva sigue las ideas de Schauer acerca de la relación causal como relación probabilística. Asimismo, esta formulación hace más claro el hecho que las generalizaciones

- (iii) Generalización prescriptiva (regla general): si perro, entonces prohibido el ingreso al restaurante.

Volvamos ahora al caso citado. La estructura apenas propuesta puede ser utilizada para analizar el razonamiento que el tribunal atribuye al legislador. En efecto, según el tribunal:

“[E]l fin perseguido por el legislador fue la protección de la integridad física y psíquica y la indemnidad sexual de los menores de edad, entendida como la necesidad de precaver daños o perjuicios al desarrollo psicosocial de quien, por las propias circunstancias de su madurez física y emocional, no está en plenas condiciones de comprender el alcance de sus actos, sino hasta llegar a la etapa adulta”²⁸.

Simplificando, el razonamiento podría ser reconstruido del siguiente modo²⁹:

- (i) Justificación: Es valioso proteger la integridad física y psíquica y la indemnidad sexual de los menores púberes.
- (ii) Generalización descriptiva: La práctica de la homosexualidad (pasiva) en menores púberes afecta su integridad física y psíquica y su indemnidad sexual.
- (iii) Regla: Si púber, entonces prohibido conductas homosexuales.

Hasta aquí los problemas parecerían presentarse a nivel de las generalizaciones descriptivas, sin embargo, el estereotipo normativo aparece cuando se advierte que en el argumento no existe otra afectación a la integridad y a la indemnidad más que la de practicar la homosexualidad. Es decir, si el argumento sostuviera que A (la homosexualidad) produce una afección B (a la integridad e indemnidad), entonces se trataría de un estereotipo descriptivo cuya dirección de ajuste permitiría evaluar su falsedad o no. Debido a que en el argumento no se hace referencia a ninguna afección B, se infiere que la homosexualidad es en sí misma la afección, i.e que hay una valoración negativa de la homosexualidad. Esta inferencia se apoya además en que la homosexualidad pasiva es el único acto de significación sexual alcanzado por el tipo penal.

Así, el razonamiento debería ser reconstruido del siguiente modo, donde el estereotipo normativo aparece en el nivel de la justificación:

en juego no son universales y que, por lo tanto, la generalización prescriptiva será *infra* y *sobreincluyente*. Véase Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, op. cit., pp. 76-80 y 86-89.

²⁸ Considerando 28°, primer párrafo.

²⁹ Vale la pena aclarar que aquí no estoy reconstruyendo el razonamiento del tribunal, sino el hipotético razonamiento del legislador, para mostrar cómo los estereotipos normativos pueden aparecer en la creación normativa.

- (i) Justificación (E.N.): Los sujetos de sexo masculino deben practicar la heterosexualidad.
- (ii) Generalización descriptiva: La propiedad de ser púber hace más probable que se verifique también la propiedad de ser influenciable acerca de las prácticas sexuales.
- (iii) Regla: Si púber, entonces prohibido conductas homosexuales.

Este estereotipo normativo parece coincidir con el que Bascuñán atribuye al tribunal. En efecto, los estereotipos normativos pueden aparecer también en la actividad del juez. Pueden encontrarse tanto en la justificación externa de la premisa normativa como en la justificación externa de la premisa fáctica. En el primer caso, al momento de interpretar, el juez puede apoyarse en un estereotipo normativo que lo empuje hacia una determinada interpretación. Dicho de otro modo, entre dos interpretaciones posibles, el juez elegirá la que sea consistente o coherente con un estereotipo normativo determinado.

Si por interpretación se entiende la actividad que consiste en identificar el significado de los enunciados de las fuentes, i.e. de los textos normativos; entonces el resultado de esta actividad será (la formulación de) un enunciado interpretativo³⁰. Un enunciado interpretativo posee la forma “D significa N”, donde D está por el texto normativo (la disposición) y N por su significado (la norma)³¹. Los significados, que pueden en abstracto ser atribuidos a una disposición, son por lo general numerosos. Esta pluralidad de significados depende menos del carácter “objetivamente” equívoco del lenguaje que de otras fuentes como:

- (a) la multiplicidad de métodos interpretativos;
- (b) la dogmática jurídica, y
- (c) el sentimiento de justicia de los intérpretes, i.e., sus preferencias éticas y políticas³².

Debido a esta pluralidad de significados, es precisamente mediante la interpretación que los intérpretes deciden cuál atribuir a la disposición. Los estereotipos normativos suelen constituir una parte importante de las preferencias éticas y políticas de los jueces (en lo que queda de este trabajo, y salvo especificación, usaré “estereotipo/s” o “E.N”. para referirme a “estereotipo/s normativo/s”³³). Así, si el juez comparte el estereotipo acerca de las prácticas sexuales de los sujetos de sexo masculino, al interpretar las disposiciones

³⁰ Guastini, R., “El escepticismo ante las reglas replanteado”, en *Discusiones*, Vol. 11, 2012, p. 27 y Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 25-26 y 31-36. No creo que el análisis de los estereotipos que hago aquí dependa de seguir a Guastini. Sí creo que hacerlo simplifica y hace más clara la presentación del problema.

³¹ Guastini, R., “El escepticismo ante las reglas replanteado”, *op. cit.*, p. 45.

³² Guastini, R., “El escepticismo ante las reglas replanteado”, *op. cit.*, p. 40.

³³ Una aclaración terminológica. La expresión “estereotipos normativos” suele también ser usada para hacer referencia a los estereotipos reflejados en las normas jurídicas. Este no es el sentido en el que la uso aquí, ya que como intentaré mostrar, las normas jurídicas pueden reflejar estereotipos tanto descriptivos como normativos.

constitucionales y del Código Penal, elegirá el significado según el cual la prohibición de la práctica de la homosexualidad con menores púberes supere el test de constitucionalidad. Por lo general, ello se lleva a cabo recurriendo a un método interpretativo que permita atribuir el significado pertinente.

En el caso descrito, por ejemplo, los jueces de la mayoría que votaron a favor de la constitucionalidad del tipo penal recurrieron, sobre todo, al argumento originalista-intencionalista. Primero, porque de los trabajos preparatorios surge que los redactores del texto legal tenían en mira la punición de la homosexualidad como modo de proteger la integridad psicofísica y la indemnidad sexual del menor. Así, los jueces sostuvieron que, “de todo lo señalado hasta ahora, se puede concluir que los parlamentarios se hicieron cargo de los puntos polémicos relativos a la sodomía y las discusiones fueron permeadas por la preocupación respecto a la protección del menor y su indemnidad sexual, culminando con la consagración de la actual redacción del artículo 365 del Código Penal”. Segundo, porque de los trabajos preparatorios es posible extraer una interpretación restrictiva de la noción de “libertad” consagrada por la Constitución, cuya protección no es incompatible con el tipo penal cuestionado. En este sentido, se sostiene “que el Constituyente de 1980 no entendió el derecho a la libertad personal como comprensivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad ni menos de la autodeterminación sexual”.

En cambio, los jueces de la minoría que parecen rechazar el estereotipo emplearon, entre otros, el argumento sistemático (en sentido amplio como coherencia) respecto de otras decisiones internacionales. Así, recurriendo al “estándar internacional” sostuvieron que “un examen del derecho comparado y de los instrumentos internacionales en la materia nos permite concluir que, hoy la penalización de la sodomía consentida, por regla general, ha sido declarada inconstitucional en diversos países del mundo”³⁴.

Por último, como decía, los estereotipos juegan también un papel de relevancia en ámbito probatorio. Aquí no me detendré acerca de este punto. Señalo solo que, por lo general, en ámbito probatorio han sido los estereotipos descriptivos aquellos que han concentrado la atención de los teóricos³⁵. A pesar de ello, durante el procedimiento probatorio, el juez podría apoyarse también en un estereotipo normativo para sostener, en ausencia de otra información, que es probable que un hecho se ha verificado. Así, si es cierto que en determinada comunidad existe un estereotipo según el cual los miembros de la comunidad deben hacer *p*, el juez puede recurrir a la existencia de ese estereotipo para tener como probable el hecho que un miembro de esa comunidad ha hecho *p*. Ello

³⁴ Considerando vigésimo noveno del voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

³⁵ Por ejemplo, según Coloma: “Los perfiles o estereotipos cumplen así una función explicativa respecto de cómo ocurren o han ocurrido ciertos acontecimientos, ahorrando al sujeto que los utiliza el peso de recopilar o de exigir la entrega de información específica, para el caso que le ocupa; lo que obviamente podría resultar beneficioso por cuanto aquella pudiere no estar disponible o llegar a ser bastante costosa. Coloma, R., “El debate sobre los hechos en los procesos judiciales. ¿Qué inclina la balanza?”, en Accatino, D. (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Santiago de Chile, 2010, p. 102.

depende, ciertamente, de que el estereotipo tenga en ese contexto las características de una norma social, como intentaré mostrar más adelante.

4.2. *Elementos y estructura de los estereotipos normativos*

Los estereotipos normativos pueden entonces ser entendidos como normas, más o menos rígidas, acerca del rol de determinada categoría de personas³⁶. En efecto, los elementos de estos estereotipos son dos. Primero, incluyen a los individuos en una categoría o grupo social en particular; y segundo, especifican las normas que predominantemente se aplican a esa categoría de personas y que definen sus roles. Algunos estereotipos normativos moldean el comportamiento, los planes y la vida de los miembros del grupo en cuestión. Según Akerlof y Kranton, estas normas, que definen cómo las personas deberían comportarse en determinadas situaciones, pueden ser entendidas como convenciones o normas sociales, más o menos explícitas.

“In the formal language of the social sciences, people divide themselves and others into *social categories*. And social categories and norms are automatically tied together: people in different social categories *should* behave differently. The norms also specify how people of different types –different social categories, in our new vocabulary– should treat each other”³⁷.

En este sentido, aquello que constituye, en parte, el ser miembro de ese grupo es precisamente observar esas normas sociales. Cuando ello es el caso, los estereotipos normativos se caracterizan por dos rasgos, a saber, su convencionalidad y constitutividad. Invertiré algunos párrafos en ellos.

4.2.1. La convencionalidad de los estereotipos normativos

Los sentidos en que se dice de algo que es una convención, o que es convencional, tienen diferentes amplitudes. Por un lado, en sentido amplio, quiere decir que depende de los hombres, de sus acciones y creencias, u otras actitudes³⁸. En este sentido, convencional se opone a natural y es sinónimo de social. En un sentido más estricto, que es una especificación del anterior, solo una subclase de los hechos que dependen de las acciones y creencias humanas son convenciones. Dicho de otro modo, solo cuando las acciones

³⁶ Acerca de la noción de generalización prescriptiva véase Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, op. cit., pp. 83-86.

³⁷ Akerlof, G.A. y Kranton, R.E., *Identity Economics. How Our Identities Shape Our Work, Wages, and Well-being*, Princeton University Press, Princeton, 2010, p. 11. En el mismo sentido Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, op. cit..

³⁸ Esta distinción ha de ser matizada, pues las acciones y las creencias humanas son parte de lo natural y, en consecuencia, también lo son las convenciones. Véase Arena, F.J., *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 63-97.

y actitudes humanas adquieren una cierta configuración, nos encontramos frente a una convención. Lo que necesitamos ahora es especificar esa configuración.

Por lo general, se sostiene que nos encontramos frente a una convención si las acciones y actitudes encajan de tal modo que forman un acuerdo. Así, podría decirse que existe entre un grupo de lógicos una convención de usar cierta notación, cuando se han recíprocamente prometido usarla³⁹. No obstante, existe otro tipo de convenciones para cuya existencia no es necesario que se configure un acuerdo. Por ejemplo, según Hume, determinado tipo de interacción entre individuos bien puede

“ser denominado con bastante propiedad convención [...], aun cuando no exista la mediación de una promesa, [si] las acciones de cada uno de [ellos] tienen referencia a las del otro y son realizadas en el supuesto de que hay que realizar algo en el favor de la otra parte. Cuando dos hombres impulsan un bote a fuerza de remos lo hacen en virtud de un[a] convención, a pesar de que nunca se hayan prometido nada mutuamente”⁴⁰.

En este sentido, son tres las condiciones para la existencia de una convención sin acuerdo⁴¹. En primer lugar, una cierta regularidad o convergencia de comportamiento. Una regularidad de comportamiento puede ser concebida como “realizar la acción A en la ocasión O”⁴². Debido a que la convergencia no es suficiente para distinguir entre convenciones y meros hábitos⁴³, se agregan condiciones adicionales.

La segunda condición es una cierta actitud de los involucrados, denominada por la literatura “condición de dependencia”⁴⁴. La condición de dependencia se refiere a las razones que llevan a la existencia de una convención. En esos casos, parece existir

³⁹ Sigo aquí la concepción estándar de acuerdo según la cual este consiste en un intercambio de promesas condicionales. Véase Lewis, D., *Convention. A Philosophical Study*, Basil Blackwell, Oxford, 1969, p. 34, Gilbert, M., “Is an Agreement an Exchange of Promises?”, en *The Journal of Philosophy*, Vol. 90, Num. 12, 1993, p. 627, Raz, J., “On the Nature of Rights”, en *Mind*, Vol. 93, Num. 370, 1984, pp. 202-203.

⁴⁰ Hume, D., *Tratado de la naturaleza humana*, Tecnos, Madrid, 2008 [1739-1740], p. 659. He puesto corchetes en los lugares en que Hume usa “acuerdo” como sinónimo de “convención” para evitar malentendidos. Lo relevante, a pesar del uso de ese término, es que Hume distingue entre “convención” e “intercambio de promesas”.

⁴¹ Por razones de brevedad utilizaré aquí un tono que temo sonará inevitablemente estipulativo acerca del término “convención”. Creo, sin embargo, que hay argumentos filosóficos y de lenguaje común para defender las condiciones de convencionalidad que enumeraré. Véase Lewis, D., *op. cit.* y Marmor, A., *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

⁴² Así, existe una regularidad de comportamiento en un grupo G, cuando los miembros de G realizan la acción A cada vez que se presenta la ocasión O. Véase Gilbert, M., “Social Convention Revisited”, en *Topoi*, Vol. 27, Num. 1/2, 2008, p. 8. La regularidad exige que O se presente con cierta frecuencia o, al menos, que se haya presentado más de una vez y que sea posible que vuelva a presentarse. Gilbert, M., “Notes on the Concept of a Social Convention”, en *New Literary History*, Vol. 14, Num. 2, 1983, p. 229.

⁴³ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994 [1961], pp. 51-61.

⁴⁴ Véase Celano, B., “La regola di riconoscimento è una convenzione?”, en Celano, B., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma, 2010 [2003], p. 330.

un sentido crucial en el cual decimos que nos conformamos a la regularidad, en parte, debido a que otros lo hacen. En particular, la razón del seguimiento está constituida (al menos en parte) por el hecho de que existe una práctica común⁴⁵.

Finalmente, la tercera condición es la arbitrariedad⁴⁶. Si bien no ha sido fácil precisar el contenido de esta condición⁴⁷, bastará aquí con concebirla del modo tradicional como existencia de alternativa. Así, la convención según la cual son los padres de la novia quienes han de pagar los gastos de la fiesta de casamiento, bien podría haber sido distinta. Es decir, bien habrían podido ser los padres del novio los encargados de los gastos y no obstante satisfacer la misma finalidad⁴⁸.

En definitiva, las condiciones de existencia de una convención no basada en el acuerdo consisten en la convergencia de comportamiento, la condición de dependencia y la arbitrariedad⁴⁹. Estos tres rasgos permiten dar cuenta de ciertas actividades. Por ejemplo, los actores, que sobre un escenario interpretan regularmente los personajes de Arlecchino o Brighella y que mezclan frases en dialecto y en italiano, parecen llevar adelante una actividad que satisface estas tres características. No resulta exagerado afirmar que las reglas de la *Commedia dell'arte* son convencionales.

Sin embargo, para afinar el análisis de estas convenciones es que vale la pena referirnos ahora al segundo rasgo mencionado más arriba, es decir, la constitutividad. Así, actividades como la *Commedia dell'arte* se presentan regidas por un conjunto de reglas que poseen una doble función: (i) constituyen la práctica y (ii) regulan la conducta dentro de ella. En otras palabras, ese conjunto de reglas define la práctica y cómo participar en ella⁵⁰. Se trata pues, de lo que Marmor ha denominado convenciones constitutivas⁵¹.

⁴⁵ Marmor, A., *op. cit.*, p. 10.

⁴⁶ La arbitrariedad no ha de ser confundida con la indiferencia. Ni tampoco la arbitrariedad implica indiferencia. El hecho que exista otra regularidad a la que haya sido posible conformarse, no quiere decir que los agentes sean indiferentes (no tengan preferencias) entre esa regularidad y aquella a la que efectivamente se conforman. Véase Lewis, D., *op. cit.*, pp. 76-80 y Marmor, A., *op. cit.*, pp. 8-9.

⁴⁷ Por ejemplo, siguiendo a Forster, es posible identificar tres sentidos de arbitrariedad: a. Como existencia de una alternativa. b. Como ausencia de justificación. c. Como resultado de un acto de voluntad. Véase Forster, M.N., *Wittgenstein on the Arbitrariness of Grammar*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

⁴⁸ Para ser una alternativa, la regularidad debe satisfacer ciertas condiciones adicionales. a. Practicabilidad: que la misma población pueda conformarse a la regularidad alternativa en las mismas circunstancias. b. Incompatibilidad: que no sea posible para la misma población conformarse a ambas regularidades al mismo tiempo. c. Sin pérdida en el propósito o función. Es decir, que el conformarse a la regularidad alternativa no signifique una pérdida significativa en la función social o el propósito que satisface la regularidad actual.

⁴⁹ Existe una propiedad ulterior que ha sido propuesta como condición de convencionalidad, a saber, el conocimiento común. Desde mi punto de vista, el conocimiento común no es una condición de convencionalidad, pero no entraré en esa discusión aquí. En igual sentido, véase Burge, T., "On Knowledge and Convention", en *The Philosophical Review*, Vol. 84, Num. 2, 1975, p. 250; contra Celano, B., "Consuetudini, convenzioni", en Celano, B., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma, 2010 [1995],

⁵⁰ Searle, J.R., *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, London, 1969, p. 33. Asimismo, según Marmor, esas reglas (iii) definen o constituyen, en parte, los valores asociados con la práctica en cuestión y definen el discurso evaluativo a ella aplicable. Marmor, A., *op. cit.*, p. 37.

⁵¹ Marmor, A., *op. cit.*

Para caracterizar estas convenciones, Marmor recurre a la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas, generalmente asociada con los trabajos de Searle⁵².

Según Searle, las reglas regulativas son aquellas que regulan formas de conducta que existen independientemente de, y con anterioridad a, la creación de la regla (ej. “obligatorio llevar corbata en los exámenes”). Las reglas constitutivas, en cambio, son aquellas que crean o definen nuevas formas de conducta (ej. regla: “se marca un gol cuando la pelota traspasa la línea del arco”). Así, en el caso de las reglas regulativas, siempre y cuando la descripción no haga referencia a la regla, la acción habría podido recibir la misma descripción aun cuando la regla no haya existido. Por ejemplo, es posible describir ciertas acciones como “fumar en lugares cerrados” aun antes de que exista la regla “Prohibido fumar en lugares cerrados”. Por el contrario, en el caso de las reglas constitutivas, la conducta de acuerdo a la regla puede ser ahora descripta en términos que no podrían haber sido usados si la regla no existiera. Si bien aun antes de que existan las reglas del fútbol es posible describir una acción como “hacer que la pelota traspase la línea blanca bajo los tres palos”, no es posible describir esa misma acción como “hacer un gol” antes que tales reglas existan.

Esta distinción ha sido objeto de numerosas críticas⁵³, pero prefiero no detenerme aquí en ellas, sobre todo porque la mayoría de los críticos admiten que la intuición de Searle es buena y que existe allí una distinción relevante. Es decir, parece haber una diferencia entre las reglas que fijan el comportamiento de los automovilistas en las calles y las reglas que determinan cómo jugar al truco. Quizás el problema general es pensar en las reglas constitutivas como reglas aisladas y no como reglas que forman parte de un sistema de reglas que definen una práctica. Según Guastini, es posible encontrar

⁵² Searle se refiere a la idea de reglas constitutivas ya en Searle, J.R., “How to Derive ‘Ought’ From ‘Is’”, en *The Philosophical Review*, Vol. 73, Num. 1, 1964 (1964) y, con mayor elaboración, en Searle, J.R., *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, op. cit.. Searle no ha sido el único filósofo (ni el primero) en utilizar esa etiqueta para referirse a un tipo especial de reglas. La primera aparición de la distinción parece ser el artículo de Rawls, J., “Two Concepts of Rules”, en *The Philosophical Review*, Vol. 64, Num. 1, 1955. También se encuentra en Ross, A., *On Law and Justice*, Stevens and Sons, London, 1958; Hart, H.L.A., “Definition and Theory in Jurisprudence”, en Hart, H. L. A. (coord.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983 [1954] y Black, M., “The Analysis of Rules”, in Black, M. (ed.), *Models and Metaphors* (Ithaca: Cornell University Press, 1962), 95-139. Quizás la centralidad de Searle se debe al hecho de haber usado esta noción como uno de los pilares de una teoría general de la realidad social, véase Searle, J.R., *The Construction of Social Reality*, Free Press, New York, 1995 y, más recientemente, Searle, J.R., *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010.

⁵³ Se ha sostenido que todas las reglas regulan y constituyen formas de comportamiento. Por un lado, las supuestas reglas regulativas, e.g. “obligatorio circular por la derecha”, tienen una función constitutiva respecto de la acción en conformidad o disconformidad con ellas. Una cosa es circular por la izquierda y otra cosa es hacerlo violando la regla que obliga a circular por la derecha. Por otro lado, las supuestas reglas constitutivas, e.g. “la suma del valor de dos cartas del mismo palo cuenta como puntos para el envío en la primera mano”, también regula el comportamiento de los jugadores del truco, en cuanto les prohíbe mentir sobre los puntos para el envío y les prohíbe jugar el envío pasada la primera mano. Pueden verse las críticas en Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1990 [1975], pp. 108-113, y, con matices, en Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, op. cit., pp. 63-64.

en Searle un sentido de constitutividad según el cual esta consiste en la capacidad de un conjunto de reglas de crear o definir nuevas formas de comportamiento. Donde por formas de comportamiento no se entiende acciones aisladas, sino prácticas o actividades⁵⁴.

Los estereotipos normativos, en cuanto permiten el surgimiento de nuevas formas de comportamiento y otorgan nuevo significado a las acciones de quienes pertenecen a cierta categoría o grupo social, pueden ser entonces entendidos como convenciones constitutivas.

Quizás este es el sentido en que pueden entenderse las afirmaciones de Appiah según las cuales los estereotipos permiten el surgimiento de “clases de personas”:

“It follows that what I can do intentionally depends on what concepts I have available to me; and among the concepts that may shape my action is the concept of a certain kind of person and the behavior appropriate to a person of that kind”⁵⁵.

Esta función de los estereotipos es claramente independiente del valor que posean las acciones o categorías que definen y regulan. Es decir, las normas del truco, del ajedrez o del boxeo crean nuevas posibilidades de comportamiento, independientemente del valor que asignemos a cada juego. Del mismo modo, los estereotipos normativos que definen al padre de familia, a la bailarina de *striptease* o a la profesora universitaria definen clases de personas, independientemente del valor que asignemos a cada una de esas identidades. Incluso los estereotipos de hombre-heterosexual y madre-ama de casa definen categorías de personas, en virtud de los roles que atribuyen a cada una de ellas, independientemente del valor que posean las acciones que constituyen cada uno de esos roles.

Los estereotipos desempeñan una función constitutiva de la identidad de ciertos grupos. Ser miembro de ciertos agregados sociales implica comportarse según normas que definen el comportamiento de quienes participan en el grupo. No todos los estereotipos cumplen esta función, pero sí es necesario advertir que algunos de ellos constituyen la identidad de un grupo⁵⁶.

La identidad social está constituida, entre otras cosas, pero sobre todo, por un conjunto de estereotipos que moldean el comportamiento, los planes y la vida de los miembros de ese grupo. Si bien algunas características de las personas como raza, etnia, nacionalidad, género, religión o sexualidad tienen mayor importancia en la definición de la identidad, no son las únicas. Preguntarse por la identidad de una persona es lo mismo que preguntarse: ¿Quién es?⁵⁷

⁵⁴ Guastini, R., “Six Concepts of Constitutive Rules”, en *Rechtstheorie*, Vol. 10, 1986, p. 262. Véase también Guastini, R., “Cognitivismo ludico e regole costitutive”, en Scarpelli, U. (coord.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Comunità, Milano, 1983, p. 171. Véase Marmor, A., *op. cit.*, p. 38 y Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, *op. cit.*, pp. 64.

⁵⁵ Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁶ Appiah, K.A., “Stereotypes and the Shaping of Identity”, *op. cit.*

⁵⁷ Con esta formulación intento evitar pronunciarme aquí acerca de la controversia sobre el carácter monista o plural de la identidad. Dos son las visiones de la identidad: 1. Singular y abarcadora: los seres humanos son miembros de un único grupo. 2. Plural y particular: poseemos identidades plurales ya que

Según Appiah, toda identidad colectiva posee la siguiente estructura:

- (a) Un conjunto de términos o etiquetas que sirven como criterios de adscripción al grupo (es decir, permiten reconocer a algunas personas como miembros del grupo). A esos términos se encuentran asociados estereotipos tanto descriptivos como normativos⁵⁸.
- (b) Identificación como miembro del grupo. Es decir, pensarse a sí mismo como miembro del grupo⁵⁹. Es por ello que la identidad tiene una dimensión narrativa que consiste en insertar mi historia personal dentro de ciertos patrones (comunidad, viaje a Europa, etc.) y dentro de historias más amplias (barrio Sarmiento, familia italiana, ciudad de Córdoba, etc.).
- (c) Reconocimiento de los demás como un miembro del grupo. Existen modos de comportamientos que consisten en tratar a una persona de cierto modo, en parte, porque es miembro de un grupo determinado⁶⁰.

Sobre la base de estos elementos, y a partir del análisis de Appiah, es posible, a su vez, distinguir dos tipos de identidades.

- (i) Identidades (meramente) convencionales, en las que la adquisición de la identidad exige simplemente asumir los roles impuestos por las convenciones. Así, ser un jugador de ajedrez exige simplemente jugar según las reglas de ese deporte. Para ello basta tener una razón para participar en una partida (e.g. complacer a mi maestro) y decidir actuar sobre la base de ella.
- (ii) Identidades no (meramente) convencionales, en las que para la adquisición de la identidad no basta con seguir “simplemente” las convenciones acerca de lo que puede hacer o no cierto grupo de personas. Cuando se trata de este tipo de identidades las personas no están simplemente “desempeñando un rol” o jugando un juego. De este tipo suelen ser las identidades construidas a partir de las dimensiones colectivas más importantes. Así, la identidad de afroamericano no se adquiere simplemente mediante el seguimiento de las convenciones asociadas a esa categoría de personas. Estas identidades no se adquieren por simple elección.

Ahora bien, dada esta relación entre estereotipos e identidad, ¿cuáles son, si existen, los criterios de relevancia jurídica? A ello está dedicada la siguiente sección.

pertenece a una pluralidad de grupos. Mi uso de identidad en el texto pretende ser neutral al respecto. Véase Sen, A., *Identidad y violencia*, Katz, Buenos Aires, 2007.

⁵⁸ Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, op. cit., p. 67.

⁵⁹ Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, op. cit., p. 68.

⁶⁰ Appiah, K.A., *The Ethics of Identity*, op. cit., p. 68.

V. LOS CRITERIOS DE RELEVANCIA DE LOS ESTEREOTIPOS NORMATIVOS

Llegados a este punto vale la pena hacer un breve balance. Los estereotipos normativos tienen una dirección de ajuste grupo social-estereotipo, por lo que no tiene sentido determinar si poseen base estadística o establecer si no logran ver las verdaderas propiedades de un individuo. La pretensión de los estereotipos normativos no es describir el mundo, sino señalar cómo debería ser. Asimismo, en cuanto definen los roles de ciertas categorías de personas, esos estereotipos tienen una función constitutiva. Además, tratándose de normas sociales, es decir, de normas respecto de las cuales existe una convergencia de comportamiento, es posible afirmar que son convenciones. Este tipo de estereotipos suelen aparecer tanto en la justificación de reglas generales como en el proceso de atribución de significado a textos normativos.

A partir de estas consideraciones, la pregunta por los criterios de relevancia de los estereotipos normativos no puede ya ser la siguiente: ¿bajo qué condiciones un juez debería evitar los estereotipos normativos, ya sea reparando el contenido de reglas generales basadas en ellos o rehuendo los métodos interpretativos que los involucran? Ello se debe a que dada la estrecha relación entre estereotipos normativos e identidad la cuestión asume ahora mayor complejidad. Desde mi punto de vista, es necesario preguntarse ahora bajo qué condiciones el juez está obligado a usar un estereotipo normativo y bajo qué condiciones un juez está obligado a evitarlo. En otras palabras, no solo no parece justificado defender una condena generalizada de los estereotipos normativos, sino que en algunos casos parece incluso justificado exigir a los jueces que los usen en sus decisiones. Los estereotipos normativos se encuentran al centro de la tensión entre opresión y reconocimiento. Entre imposición de roles a quienes los rechazan y la falta de reconocimiento de los roles que los individuos y grupos se atribuyen a ellos mismos.

Por ejemplo, esto suele verificarse cuando se trata de estereotipos normativos que definen las identidades de grupos minoritarios. Así, es posible identificar ciertos casos en los que se solicita a los jueces chilenos el reconocimiento de estas normas sociales. Uno de ellos es el relativo a las normas que definen el rol del *werken* o *lonko* mapuche. El *werken* o *lonko* tiene diferentes tareas dentro de su propia comunidad y, entre ellas, se encuentra la de procurar la solución de casos de violencia intrafamiliar mediante la composición del conflicto. En cambio, el derecho penal chileno prohíbe los acuerdos reparatorios en casos de violencia intrafamiliar. En este contexto, la Defensoría del pueblo mapuche ha exigido en reiteradas ocasiones la absolución de imputados pertenecientes a esa comunidad cuando el acuerdo reparatorio ha sido alcanzado respetando las normas mapuches, por aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT⁶¹.

⁶¹ Los casos son algo más complejos, ya que la Defensoría sostenía que las normas mapuche permiten la solución del conflicto intrafamiliar mediante simple acuerdo reparatorio entre víctima y victimario, mientras que otros autores sostienen que el modo de resolver esos conflictos es el que yo señalo en el texto. Más allá del contenido exacto de la costumbre, la cuestión acerca de la obligatoriedad de su reconocimiento se mantiene. Para un análisis del caso véase Ñanculef, J., "La cosmovisión y la filosofía Mapuche: Un enfoque del Az-Mapu y del Derecho Consuetudinario en la cultura Mapuche", en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*,

En otro caso, una pastora Aymara, para recuperar a un grupo de animales, se alejó de su hijo de tres años por unas horas, tiempo en el que el pequeño se extravió y luego fue encontrado sin vida. Las normas Aymara que definen los roles del pastor suelen ser exigentes y uno de los alegatos de la defensa, frente a la imputación por abandono de persona, es que no se podía aplicar el estereotipo occidental referido al rol de la madre en el cuidado del niño sin tener en cuenta la definición de los roles de los pastores⁶².

Estos son casos extremos, de conflicto de ciertos estereotipos normativos con la ley penal, pero no es necesario llegar a esos casos para advertir que los problemas para determinar la relevancia jurídica de los estereotipos provienen, por un lado, de su estrecha vinculación con la identidad y, por otro lado, de la tensión entre ellos y la autonomía.

Pues, si bien los estereotipos son parte fundamental de la identidad de ciertos grupos, ¿quiénes determinan el contenido de estos estereotipos normativos? En principio sus portadores y no quienes sean extraños al grupo. Ello en cuanto, tratándose de convenciones, la existencia del estereotipo depende de que se dé, al menos, la convergencia de comportamiento. Pero dado que para la verificación de la convergencia de comportamiento no es necesario que todos los miembros del grupo se conformen a la regularidad, ello implica entonces que al menos algunos miembros del grupo verán sus identidades determinadas, en parte, por otros (miembros del grupo).

En este punto puede ser útil trazar un paralelismo con los estereotipos descriptivos. Así, mientras en el caso de los estereotipos descriptivos podían presentarse dos tipos de defectos, uno que afectaba al grupo (estereotipo sin base estadística) y otro que afectaba a un individuo (estereotipo con base estadística pero falso respecto del individuo en cuestión), lo mismo sucede con los estereotipos normativos. Así, algunos estereotipos normativos pueden constituir una afectación de la identidad de un grupo. Ello sucede cuando se atribuye a una categoría de personas un determinado rol, que el grupo no se atribuye o que es incompatible con los roles que el mismo grupo se atribuye. Como en el caso de las mujeres-ama de casa y de los hombres-heterosexuales. Mientras que otros estereotipos normativos, aun cuando constituyan la identidad de un grupo en cuanto

Vol. 6, 2003; Palma Ayala, R. y Sandrini Carreño, R., "Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar", en *Anuario de derechos humanos*, Vol. 10, 2014; Nash, C. et al., *Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios*, Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile, Santiago, 2013; y Villegas Díaz, M., "Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?", en *Política Criminal*, Vol. 9, N° 17, 2014. Asimismo, véase Villavicencio Miranda, L., "Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres", en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 34, N° 3, 2014, donde el autor, refiriéndose también a otros casos, ilustra la tensión entre universalismo y relativismo cultural, y propone construir una vía alternativa explorando la propuesta de las jurisdicciones multiculturales de Ayelet Shachar. Y Villegas Díaz, M., "Entre la justificación y la exculpación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal", en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 25, N° 2, 2012, donde la autora realiza un análisis comparado del modo en que, en distintos países latinoamericanos, las categorías del derecho penal occidental son o no usadas para resolver el juzgamiento de indígenas.

⁶² Véase Castelletti Font, C., *¿Las mujeres somos las únicas responsables del cuidado de los hijos? La persecución del delito de abandono de menores en Chile. Comentario crítico a la sentencia del TOP de Arica en causa RUC 0710014873-5*, Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional-Minuta-N° 2/2011/Mayo, 2011.

esa categoría de personas se lo atribuye, puede afectar la identidad o autonomía de un miembro del grupo que rechaza el estereotipo. Como, por ejemplo, el caso de los católicos que no consideran reprochable tener relaciones sexuales antes del matrimonio. O el caso de las mujeres mapuches respecto de las normas que les imponen la composición del conflicto de violencia intrafamiliar mediante acuerdo con el victimario.

Parece entonces posible distinguir respecto de los estereotipos normativos un sentido interno y uno externo de convencionalidad. El estereotipo es internamente convencional cuando los sujetos, de cuya convergencia de comportamiento depende la existencia de la norma social, coinciden con los sujetos destinatarios del estereotipo. El estereotipo es externamente convencional cuando esa coincidencia no se produce. Dicho con otras palabras, son internamente convencionales cuando el grupo B sigue una convención constitutiva Z referida a los miembros del mismo grupo B. Son externamente convencionales cuando el grupo A sigue una convención constitutiva Y referida a los miembros del grupo B⁶³.

Sobre esta base podemos entonces volver a la tensión entre opresión y reconocimiento. En primer lugar podemos distinguir dos sentidos en que un estereotipo es opresivo. En sentido externo, el estereotipo es opresivo cuando se intenta imponer a un grupo un estereotipo externamente convencional. En sentido interno el estereotipo es opresivo cuando se intenta imponer a un individuo, miembro del grupo, un estereotipo internamente convencional.

El problema con los estereotipos se presenta entonces cuando imponen una elección normativa identitaria a un grupo o a un individuo que la resiste, afectando así su propia identidad o autonomía. En esos casos, los estereotipos son opresivos respecto de los individuos que rechazan la convención y la atribución del rol que presuponen.

En segundo lugar, el respeto de los estereotipos internamente convencionales parece indispensable para reconocer la identidad del grupo en cuestión. Los estereotipos moldean formas de comportamiento, cuya descripción no podría ser la misma sin la existencia del estereotipo. Ignorar esos estereotipos impide que el comportamiento de esos sujetos adquiera el significado que el grupo le otorga. El reconocimiento, en cambio, exige comprender el significado que tales comportamientos tienen para quienes poseen la identidad así constituida.

⁶³ Para advertir la posibilidad de convencionalidad externa es necesario mantener separados los rasgos de constitutividad y convencionalidad. Una regla es constitutiva si satisface las exigencias searleanas, mientras que es convencional si satisface las condiciones de convencionalidad. Por ejemplo, las normas del ajedrez son constitutivas aun cuando nadie haya jugado al ajedrez. Igualmente, los estereotipos normativos convencionalmente externos son constitutivos aun cuando el grupo de referencia no los siga. Asimismo, su convencionalidad depende, no de una convergencia dentro del grupo de referencia (B) —por eso son externos—, sino de una convergencia en el grupo A.

VI. CONCLUSIONES

Para concluir me limitaré a señalar algunos de los resultados hasta aquí obtenidos, aun cuando son todavía bastante preliminares. En primer lugar, me parece posible distinguir, tanto en el discurso de los operadores jurídicos como desde un punto de vista conceptual, dos tipos de estereotipos. Por un lado, aquellos que tienen la pretensión de ofrecer información acerca de las características de determinado grupo y de cada uno de sus miembros (y que he llamado estereotipos descriptivos). Por otro lado, aquellos que definen y constituyen los roles que deben desempeñar las personas que pertenecen a determinada categoría o grupo social (y que he llamado estereotipos normativos).

Los estereotipos normativos desempeñan un rol fundamental en la construcción de identidades y es por eso que no resulta justificado abrazar una tesis que los rechace en general. Cuando los estereotipos normativos son internamente convencionales, es decir, cuando se verifican las condiciones de convencionalidad dentro del mismo grupo al cual se aplica, entonces no solo no parece, en principio, reprochable recurrir a ellos tanto para justificar un acto de producción normativa como una decisión interpretativa; sino que incluso recurrir a ellos es indispensable para reconocer a ese grupo su identidad. Ahora bien, esto no resuelve todos los problemas. Pues es necesario todavía determinar si basta, para volver aceptable un estereotipo, que sea seguido tanto por un grupo como por cada uno de sus miembros. En este sentido, Appiah propone que, para ser aceptables, debe tratarse de estereotipos que “sirvan como instrumentos para la construcción de una individualidad dignificada”⁶⁴, es decir, no deben crear una identidad en la que el individuo sea relegado a una posición inferior o de menor dignidad que la posición ocupada por los individuos pertenecientes a otros grupos. Según Appiah, el uso de estereotipos normativos debería ser evitado cuando afecten la dignidad de (al menos algunos de) sus destinatarios. Evaluar esta última afirmación exige analizar su compatibilidad o no con determinada teoría política. Pero esta es una tarea para otra ocasión.

BIBLIOGRAFÍA

- AKERLOF, G.A. y Kranton, R.E., *Identity Economics. How Our Identities Shape Our Work, Wages, and Well-being*, Princeton University Press, Princeton, 2010.
- ALEXANDER, L., “What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, preferences, stereotypes, and proxies”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141, Num. 1, 1992, pp. 149-219.
- ANSCOMBE, G.E.M., *Intention*, Basil Blackwell, Oxford, 1957.
- APPIAH, K.A., “Stereotypes and the Shaping of Identity”, en *California Law Review*, Vol. 88, Num. 1, 2000, pp. 41-53.
- APPIAH, K.A., *The Ethics of Identity*, Princeton UP, Princeton, 2005.
- ARENA, F.J., *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

⁶⁴ Appiah, K.A., “Stereotypes and the Shaping of Identity”, *op. cit.*

- AUSTIN, J.L., "How to Talk-Some Simple Ways", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 53, 1953, pp. 227-246.
- BASCUÑÁN Rodríguez, A. *et al.*, "La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. Informe en derecho", en *Revista de estudios de la justicia*, Vol. 14, 2011, pp. 73-109.
- BASCUÑÁN Rodríguez, A., "La prohibición de la homosexualidad masculina juvenil", en *Estudios Públicos*, Vol. 124, 2011, pp. 113-137.
- BLACK, M. (1962), "The Analysis of Rules", in Black, M. (ed.), *Models and Metaphors* (Ithaca: Cornell University Press), 95-139.
- BLUM, L., "Stereotypes and Stereotyping: A Moral Analysis", en *Philosophical Papers*, Vol. 33, Num. 3, 2004, pp. 251-289.
- BURGE, T., "On Knowledge and Convention", en *The Philosophical Review*, Vol. 84, Num. 2, 1975, pp. 249-255.
- CASAS Becerra, L. *et al.*, "Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional", en *Anuario de derecho público de la Universidad Diego Portales*, 2012, pp. 250-272.
- CASE, M.A., "The Very Stereotype the Law Condemns: Constitutional Sex Discrimination. Law as a Quest for Perfect Proxies", en *Cornell Law Review*, Vol. 85, Num. 5, 2000, pp. 1447-1491.
- CASTELLETTI Font, C., *¿Las mujeres somos las únicas responsables del cuidado de los hijos? La persecución del delito de abandono de menores en Chile. Comentario crítico a la sentencia del TOP de Arica en causa RUC 0710014873-5*, Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional-Minutano Nº 2/2011/Mayo, 2011.
- CELANO, B., "Consuetudini, convenzioni", en Celano, B., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma, 2010 [1995], pp. 173-231.
- CELANO, B., "La regola di riconoscimento è una convenzione?", en Celano, B., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma, 2010 [2003], pp. 323-341.
- COLOMA, R., "El debate sobre los hechos en los procesos judiciales. ¿Qué inclina la balanza?", en Accatino, D. (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Santiago de Chile, 2010, pp. 87-117.
- COOK, R.J. y Cusack, S., *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Bogotá, 2010.
- FORSTER, M.N., *Wittgenstein on the Arbitrariness of Grammar*, Princeton University Press, Princeton, 2004.
- GILBERT, M., "Notes on the Concept of a Social Convention", en *New Literary History*, Vol. 14, Num. 2, 1983, pp. 225-251.
- GILBERT, M., "Is an Agreement an Exchange of Promises?", en *The Journal of Philosophy*, Vol. 90, Num. 12, 1993, pp. 627-649.
- GILBERT, M., "Social Convention Revisited", en *Topoi*, Vol. 27, Num. 1/2, 2008, pp. 5-16.
- GUASTINI, R., "Cognitivismo ludico e regole costitutive", en Scarpelli, U. (coord.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Comunità, Milano, 1983, pp. 153-176.
- GUASTINI, R., "Six Concepts of Constitutive Rules", en *Rechtstheorie*, Vol. 10, 1986, pp. 261-269.
- GUASTINI, R., "El escepticismo ante las reglas replanteado", en *Discusiones*, Vol. 11, 2012, pp. 27-58.
- GUASTINI, R., *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- HART, H.L.A., "Definition and Theory in Jurisprudence", en Hart, H. L. A. (coord.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983 [1954], pp. 21-48.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994 [1961].
- HUMBERSTONE, L., "Direction of Fit", en *Mind*, Vol. 101, 1992.
- HUME, D., *Tratado de la naturaleza humana*, Tecnos, Madrid, 2008 [1739-1740].
- JUSSIM, L. *et al.*, "The Unbearable Accuracy of Stereotypes", en Nelson, T. D. (coord.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Psychology Press-Taylor and Francis, New York, 2009, pp. 199-227.

- LAKOFF, G., *Women, Fire, and Dangerous Things. What Categories Reveal about the Mind*, The University of Chicago Press, Chicago-Londres, 1987.
- LEWIS, D., *Convention. A Philosophical Study*, Basil Blackwell, Oxford, 1969.
- MARMOR, A., *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton University Press, Princeton, 2009.
- MERVIS, C. y ROSCH, E., "Categorization and Natural Objects", en *Annual Review of Psychology*, Vol. 32, 1981, pp. 89-115.
- NASH, C. et al., *Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios*, Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile, Santiago, 2013.
- ÑANCULEF, J., "La cosmovisión y la filosofía Mapuche: Un enfoque del Az-Mapu y del Derecho Consuetudinario en la cultura Mapuche", en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, Vol. 6, 2003, pp. 38-57.
- OAKES, P. et al., *Stereotyping and Social Reality*, Blackwell, Oxford, 1994.
- PALMA Ayala, R. y SANDRINI Carreño, R., "Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar", en *Anuario de derechos humanos*, Vol. 10, 2014, pp. 151-161.
- PLATTS, M., *Ways of Meaning*, Routledge and Keagan Paul, London, 1979.
- RAWLS, J., "Two Concepts of Rules", en *The Philosophical Review*, Vol. 64, Num. 1, 1955, pp. 3-32.
- RAZ, J., "On the Nature of Rights", en *Mind*, Vol. 93, Num. 370, 1984, pp. 194-214.
- RAZ, J., *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1990 [1975].
- ROSCH, E. y LLOYD, B.B. (eds.), *Cognition and Categorization*, Erlbaum, Hillsdale, NJ, 1978.
- ROSS, A., *On Law and Justice*, Stevens and Sons, London, 1958.
- SCHAUER, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2003.
- SCHAUER, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- SEARLE, J.R., "How to Derive 'Ought' From 'Is'", en *The Philosophical Review*, Vol. 73, Num. 1, 1964, pp. 43-58.
- SEARLE, J.R., *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, London, 1969.
- SEARLE, J.R., "A Taxonomy of Illocutionary Acts", en *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, Vol. 6, 1975, pp. 334-369.
- SEARLE, J.R., *The Construction of Social Reality*, Free Press, New York, 1995.
- SEARLE, J.R., *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010.
- SEN, A., *Identidad y violencia*, Katz, Buenos Aires, 2007.
- SMITH, M., "The Humean Theory of Motivation", en *Mind*, Vol. XCVI, 1987, pp. 36-61.
- STEELE, C.M., *Whistling Vivaldi. How Stereotypes Affect Us and What We Can Do*, W.W. Norton & Co., New York, 2010.
- VILLAVICENCIO Miranda, L., "Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres", en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 34, N° 3, 2014, pp. 605-621.
- VILLEGAS Díaz, M., "Entre la justificación y la exculpación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal", en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 25, N° 2, 2012, pp. 177-20.
- VILLEGAS Díaz, M., "Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?", en *Política Criminal*, Vol. 9, N° 17, 2014, pp. 213-247.