

SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES

SEPARATA

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

**VOLUMEN MONOGRÁFICO
EXTRAORDINARIO**

**PUBLICACIÓN DE LA
FACULTAD
DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES**

**UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
(CHILE)**



DERECHOS SOCIALES, CATEGORÍAS Y ESTEREOTIPOS

FEDERICO JOSÉ ARENA *

Resumen

Un rasgo que parece característico de los denominados derechos sociales es estar estrechamente ligados a la categorización social; ya que se atribuyen, no ya a los seres humanos en cuanto tales, sino a algunas subcategorías de ellos. En este trabajo el autor aborda algunos problemas relacionados con la delimitación de la categoría titular de esos derechos. La concreción de algunos derechos sociales, es decir, la especificación de sus titulares y la determinación de la prestación exige el uso de categorías sociales muy similares a los estereotipos. El autor propone distinguir entre estereotipos descriptivos y estereotipos normativos para avanzar en el análisis más detallado de su funcionamiento y del rol que desempeñan respecto de los derechos sociales.

Palabras clave

Categorías sociales – Concreción de derechos sociales – Estereotipos
– Características sensibles.

* Doctor en filosofía del derecho y bioética jurídica, Università di Genova, Italia.
Investigador Asistente en Conicet – Universidad Nacional de Córdoba,
Argentina. fjarena@gmail.com

Abstract

A common characteristic of social rights is that they are closely related to social categorization. For it is not human beings as such that are entitled to them, but it is some subcategories of them. In this work, the author deals with some problematic issues regarding the delimitation of those subcategories. The concretization of some social rights, i.e. the specification of the entitled group and the determination of the benefit, requires using some social categories that are analogous to stereotypes. The author proposes to distinguish between descriptive and normative stereotypes in order to make progress in the analysis of their operation and their role in the concretization of social rights.

Key Words

Social Categories – Social Rights Concretization – Stereotypes – Sensitive traits.

1. Introducción

Existen derechos cuya estructura está estrechamente ligada a la categorización social. Ya que se atribuyen, no ya a los seres humanos en cuanto tales, sino a algunas subcategorías de ellos. Este parece ser un rasgo característico de los denominados derechos sociales. Por lo general suele distinguirse entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales, por el otro, sobre la base de los sujetos activos. Es decir, mientras los primeros parecen ser expresión de la individualidad de cada ser humano, los segundos parecen, en cambio, provenir de la pertenencia de cada ser humano a un grupo o categoría determinada. Si bien esta forma de distinguir puede ser cuestionada, en este trabajo, me interesa abordar algunos problemas relacionados con la delimitación de los grupos titulares de determinados derechos. Creo que esta cuestión conecta el análisis de los derechos sociales con la problemática de la categorización social. Es decir, con la clasificación de personas en clases o grupos según que posean determinadas características o propiedades. Es bastante usual clasificar o encuadrar a los demás en ciertas categorías, ya que en sociedades complejas y masivas la categorización social es 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 su utilidad y del hecho que las usamos con frecuencia, las categorías sociales dan lugar a encendidos debates. Por lo general se reserva el término “estereotipos” para aquellas categorías sociales más problemáticas. Desde mi punto de vista esta homogeneidad expresiva del término dificulta un análisis desapasionado de su funcionamiento.

Señalar la relación entre derechos sociales y categorías ayuda a avanzar en este sentido. Ello en cuanto la concreción de los derechos sociales, es decir, la especificación de sus titulares y la determinación de la prestación exige el uso de categorías sociales muy similares a los estereotipos. Por lo general los derechos sociales están enunciados de manera genérica en los textos constitucionales que los reconocen. La realización de tales derechos exige que, ya sea a nivel legislativo o a nivel judicial, se concrete tanto la titularidad como la prestación. A esos fines suele recurrirse a las características que hacen a los destinatarios vulnerables y que justifican que el Estado dirija recursos hacia ellos. Por ejemplo: en los ancianos (i.e., personas que superan cierta edad) disminuye su capacidad de autosuficiencia por lo que tienen derecho a asistencia social.

En definitiva, la categorización social (con estructura similar a la de los estereotipos) es indispensable para concretar derechos sociales. Sin embargo, suele exigirse a las autoridades (y sobre todo a los jueces) que prevengan o contrasten los efectos perjudiciales de los estereotipos.

Esta tensión entre indispensabilidad y condena puede ser, creo, disuelta si se introducen algunas distinciones respecto de los estereotipos y se avanza en un análisis más detallado de su funcionamiento.

Aquí quisiera dar los primeros pasos en esa dirección y es por eso que el presente trabajo estará dividido del siguiente modo. Comenzaré haciendo algunas distinciones respecto de los estereotipos y seguiré luego con el análisis del rol que desempeñan respecto de los derechos sociales. En esa sección me referiré a cómo los jueces pueden evitar algunas consecuencias negativas del uso de estereotipos y cómo eso cuenta a favor de otorgarles, bajo ciertas condiciones, un papel relevante en la realización de los derechos sociales.

Antes de eso me permitiré una breve *excursus* metodológico, para intentar anticipar algunas objeciones respecto de mi caracterización de los derechos sociales como derechos atribuidos a categorías o grupos sociales.

2. Breve *excursus* metodológico. La tentación esencialista

En la introducción he afirmado que la estrecha relación con la categorización social es un rasgo que caracteriza a los derechos sociales. Ello en cuanto se trata de exigencias cuya titularidad depende de la pertenencia a un grupo o categoría de personas. Sin embargo, esta afirmación está lejos de ser pacífica entre los teóricos de los derechos fundamentales¹. Para algunos, porque este rasgo no es distintivo de los derechos sociales; para otros, porque no existen diferencias entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos. Embarcarme en esta discusión conceptual está lejos de mi alcance. Aquí desearía simplemente aclarar por qué pienso que, a pesar de esas discusiones, vale la pena analizar la dimensión colectiva de los derechos sociales. Ello se relaciona con un punto metodológico que quisiera introducir y que consiste en proponer un ligero cambio de perspectiva. La expresión “derechos sociales” o, en su versión extendida “derechos económicos, sociales y culturales”, ha sido y suele todavía ser usada para hacer referencia a un conjunto de exigencias que, como consecuencia de determinados sucesos históricos y sobre la base de determinadas teorías políticas o morales, se considera ahora legítimo dirigir al Estado². Este

1. Véase, por ejemplo, RUIZ MIGUEL, Alfonso: “Derechos liberales y derechos sociales”. En: *Doxa*, 15-16, 1994.

2. Uso el término “exigencias” siguiendo un modo extendido de entender aquello que tienen en común los derechos fundamentales. Véase LAPORTA, Francisco: “Sobre el concepto de derechos humanos”. En: *Doxa*, 4, 1987. Acerca del proceso histórico detrás del surgimiento de cada uno de estos tipos de exigencias, véase, entre muchos otros, PECES-BARBA, Gregorio: *Derechos sociales y positivismo jurídico. Estudios de filosofía jurídico y política*. Dykinson, Madrid, 1999. Atria está en desacuerdo con concebir a los derechos sociales como exigencias individuales dirigidas contra el Estado, véase ATRIA, Fernando: “¿Existen los derechos sociales?”. En: *Discusiones*, 4, 4, 2004.

conjunto de exigencias aparece con posterioridad a la formación de un cierto consenso respecto de la existencia de otro conjunto de exigencias denominadas “derechos civiles y políticos”. Uno de los modos más extendidos para intentar comprender esta situación ha sido buscar las características que distinguen ambos conjuntos de exigencias. Suele surgir así la tentación de identificar las condiciones necesarias y suficientes que hacen que una exigencia pertenezca al conjunto denominado “derechos civiles y políticos” o al conjunto denominado “derechos sociales”. Los intentos en este sentido suelen haber fracasado y la medida del fracaso han sido los contraejemplos. Es decir, para cada propuesta acerca de las condiciones necesarias y suficientes de un tipo de exigencias, ha sido posible encontrar una exigencia que la satisface pero que intuitivamente pertenece al conjunto opuesto. Por ejemplo, Prieto Sanchís analiza con detalle un buen elenco de los sucesivos fracasos que siguieron a las tentaciones esencialistas. Así, el autor enumera los intentos por definir los derechos sociales por su relación con las instituciones, por su carácter prestacional, por la clase de titulares, por su conexión con la igualdad, por el carácter de la obligación. En todos estos casos la evaluación del intento consiste en contrastar la supuesta característica definitoria de los derechos sociales con un conjunto extensional de derechos que se supone, al menos intuitivamente, bien clasificado. Y para cada característica es posible encontrar un contra ejemplo³.

Desde mi punto de vista este supuesto fracaso es consecuencia de dos actitudes teóricas que me parecen cuestionables. En primer lugar, la tentación esencialista. En segundo lugar, la confusión entre comprensión y definición.

La caída en la tentación esencialista puede explicarse, creo, a partir de dos motivos que suelen impulsar este tipo de análisis, a saber, la comprensión y la precisión lingüística⁴. El problema es que ambas

3. PRIETO SANCHÍS, Luis: “Los derechos sociales y el principio de igualdad”. En: *Revista del Centro de estudios constitucionales*, 1995. Véase también RUIZ MIGUEL, Alfonso, ob. cit.

4. Dejo aquí de lado una tercera explicación de la tentación esencialista que ha acompañado sobre todo a los juristas. Me refiero a la pretensión de limitar la

suelen asociarse con definición y se concluye, así, que sólo mediante definición se llega a comprender con claridad. Es decir, se asume que sólo es posible comprender un concepto si se identifica un conjunto de condiciones necesarias y suficientes que definan con precisión el término del cual es referencia. Pero aquí está, desde mi punto de vista, el problema. Una cosa es comprender un concepto y otra cosa es definir un término (o una expresión). Una definición, en términos de condiciones necesarias y suficientes, no mejora nuestra comprensión del fenómeno al que ese significado hace referencia; si bien puede ser útil para ordenar el uso de las palabras. Muestra de esta ambigüedad de propósitos es que gran parte de los análisis terminan, luego de mostrar el fracaso del análisis en términos de condiciones necesarias y suficientes, con una estipulación acerca del significado de la expresión “derechos sociales”⁵. Una definición estipulativa permite hablar con precisión pero no implica, necesariamente, aumentar nuestra comprensión del fenómeno.

Si se abandona la tentación esencialista, el análisis conceptual puede avanzar mediante la investigación de diferentes rasgos o características de los fenómenos en cuestión, que si bien no constituyen un conjunto necesario y suficiente de condiciones para la identificación del fenómeno son indispensables para comprenderlo. Son varios los filósofos que han defendido puntos de vista no esencialistas acerca del análisis conceptual, como por ejemplo Searle y su teoría de los conceptos racimo (*cluster concepts*)⁶ y, entre los filósofos del derecho, Schauer para quien el análisis conceptual debe ocuparse de las propiedades típicas, aunque no necesarias⁷. Desde este punto de vista, los análisis llevados

discreción judicial mediante la delimitación de ciertos conceptos jurídicos. Es decir, para limitar las posibilidades interpretativas y/o decisionales de los jueces se considera indispensable formular definiciones en términos de condiciones necesarias y suficientes que delimiten la esencia de un fenómeno.

5. Como en el caso del mismo Prieto Sanchís.
6. Sobre *cluster concepts* véase SEARLE, John: *Intentionality. An essay in the philosophy of mind*. Cambridge University Press, Cambridge, 1983. Págs. 231-261.
7. Son propiedades típicas, pero no necesarias, el volar en los pájaros, el estar hecho con uvas en el vino, la coerción en el derecho, entre otras. Véase

a cabo bajo el impulso de la tentación esencialista pueden producir, como efecto no intencional, un aumento en nuestra comprensión del fenómeno ya que el análisis de cada una de las condiciones propuestas y de cada uno de los contraejemplos permite avanzar en la comprensión de los rasgos típicos del fenómeno. Asimismo, las definiciones estipulativas pueden ser ahora vistas como un modo indirecto de sostener, bajo la presunta definición o claridad lingüísticas, que ciertos rasgos —los incluidos en la definición— son indispensables para comprender el fenómeno.

Es por ello que quisiera concentrarme aquí en una de las características que ha sido objeto de esa búsqueda, a saber, la especificidad de los titulares o, en otras palabras, la sectorialización de los beneficiados⁸. No como una propiedad necesaria y suficiente para distinguir derechos sociales de otros derechos, sino como un rasgo típico de ciertas exigencias. Ya Bobbio se había referido a este proceso de especificación, “consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos... el paso se ha producido del hombre genérico, del hombre cuanto hombre, al hombre específico, o sea, en la especificidad de sus diversos status sociales”⁹. Me interesa aquí ocuparme de las dificultades

SCHAUER, Frederick: *The Force of Law*. Harvard University Press, Cambridge, MA, 2015. Págs. 23-42.

8. El derecho a vivir en un medio ambiente sano suele ser el contraejemplo utilizado para mostrar que la especificidad de los titulares no es una característica necesaria de los derechos sociales.

9. BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, 1991. (Trad. Rafael de Asís). Págs. 109-114. En igual sentido Peces Barba afirma: “podemos hablar de los derechos del hombre abstracto y de los derechos del hombre concreto. Los primeros son los derechos clásicos, tal y como aparecieron en la historia como derechos del hombre y del ciudadano, eran los derechos del ‘homo iuridicus’. Constituían la única categoría de derechos hasta que, en el siglo XIX y sobre todo en el XX, se empezó a considerar los derechos del hombre concreto, del hombre situado. PECES-BARBA, Gregorio, ob. cit., pág. 142. También Prieto Sanchís: “los derechos civiles y políticos se atribuyen a ese hombre abstracto y racional (a todos), mientras que los derechos económicos, sociales y culturales lo son del hombre trabajador, del joven, del anciano, de quien precisa asistencia, etc.”. PRIETO SANCHÍS, Luis, ob. cit., pág. 16.

que esta sectorialización acarrea si se la considera bajo la luz de las dificultades que se siguen al uso de categorías sociales. Comenzaré entonces por introducir algunas distinciones respecto de estas últimas.

3. Categorías sociales. Rasgos sensibles y 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 a través del 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, sólo lo advertimos cuando nos enfrentamos a algunos casos problemáticos. Así, nos preguntamos por las propiedades de la categoría vino cuando tenemos que decidir si es vino el líquido producido a partir de la fermentación alcohólica del jugo de ananá¹⁰ o si es un asado la cocción de vegetales sobre una parrilla y a las brasas. 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 actual¹¹.

Por categorización social entiendo el proceso mediante el cual se clasifica a las personas en categorías o grupos sobre la base que poseen determinados rasgos o características¹². Así, a partir de la constatación

Al igual que en la cita de Bobbio, en las de Peces Barba y Prieto Sanchís habría que modificar “hombre” por “ser humano”.

10. Tomo este ejemplo de Schauer. SCHAUER, Frederick, ob. cit., pág. 36.
11. MERVIS, C. y ROSCH, E.: “Categorization and Natural Objects”. En: *Annual Review of Psychology*, 1981. Pág. 32.
12. Tajfel define a la categorización social como “ordenación del entorno social en términos de agrupaciones de personas de manera que tenga sentido para el individuo”. TAJFEL, Henri: *Differentiation between Social Groups. Studies in the Social Psychology of Intergroup Relations*. Academic Press, Londres, 1978. Pág. 61.

que una persona posee una determinada característica C1 que permite incluirla en el grupo G, y sabiendo que los miembros del grupo G poseen además la característica C2, tenemos razones (de diferente peso según el respaldo que tenga la categorización) para atribuir a esa persona la característica C2 aún antes de constatar si efectivamente la posee. La categorización social permite también asociar consecuencias normativas, mediante la atribución de roles (R) a una clase de personas. Por ejemplo, la característica maternidad (C1) permite incluir a las mujeres que lo posean en la categoría de las madres y es muy común asociar a esa categoría tanto la característica de casada (C2) como el rol de ama de casa (R).

Una propiedad, como adelanté, asociada a los derechos sociales es que se trata de exigencias cuyos titulares son sectores particulares de la ciudadanía. En otras palabras, se trata de exigencias que pueden dirigirse al Estado determinados individuos en virtud de su pertenencia a una categoría social. Así, según Peces Barba, los derechos sociales “comprenden los derechos de determinados grupos de personas identificados por unas condiciones físicas, culturales y sociales. En este segundo grupo se puede considerar los derechos de los presos, de los niños, de los ancianos, de los disminuidos físicos y psíquicos, de los consumidores, de los usuarios de servicios públicos, etc. Estos derechos se atribuyen a estos grupos de personas porque se encuentran, por diferentes razones, en situación de inferioridad respecto al destinatario genérico ‘hombre o ciudadano’, y necesitan una protección especial para alcanzar el nivel general. Las razones de esta diferencia pueden ser culturales (la mujer), de edad (como los niños y los ancianos), de condición física (como los disminuidos físicos), o de situación en la sociedad (como los consumidores, los usuarios de un servicio público o los presos). En esos casos, está justificado un trato especial que especifique las diferencias y organice una regulación ad hoc para esos casos”¹³.

13. PECES-BARBA, Gregorio, ob. cit., pág. 142. Como adelanté, también este rasgo ha sido sometido a contraejemplos. Ruiz Miguel sostiene: “lo cierto es que también algunos derechos clásicos son en cierto modo sectoriales y, por lo tanto, similares a los anteriores (así, del derecho al voto son titulares sólo los mayores de edad no condenados a inhabilitación o suspensión, mientras que los derechos a un

Es posible entonces identificar tres elementos en algunos derechos sociales. Primero, una característica (C1) que define la pertenencia de una persona a la categoría y que la transforma en titular del derecho. Segundo, una característica (C2) del grupo en virtud del cual sus miembros son, en cierto sentido, vulnerables y que justifica la prestación. Tercero, la prestación a la que se tiene derecho¹⁴. No siempre esos tres elementos están expresamente mencionados en los textos Constitucionales que reconocen derechos sociales. Por lo general las Constituciones se limitan a mencionar la categoría social, sin explicitar el rasgo que las define, y/o la prestación en términos indeterminados. Por ejemplo, la Constitución argentina en el art. 75 inc. 23 menciona expresamente a los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados, y en particular, a los niños desamparados y las mujeres embarazadas como merecedores de especial atención por parte del Estado. La Constitución chilena enumera en su artículo 19 el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (nº 8), el derecho a la protección de la salud (nº 9), el derecho a la educación (nº 10), entre otros.

juicio justo o a no ser condenado por una ley retroactiva son relativos a la circunstancia de estar procesado, que es una condición meramente potencial, incluso mucho menos probable estadísticamente que la de llegar a la tercera edad o a ser demandante de trabajo); por otro lado, la diferencia en universalidad con los derechos civiles y políticos clásicos desaparece si los derechos sociales sectoriales, en particular los relacionados con circunstancias sociales de especial necesidad, no se consideran sino manifestaciones instrumentales para lograr el cumplimiento del derecho de toda persona —éste si ya verdaderamente fundamental y, por tanto, plenamente universal— a una básica igualdad de resultados, esto es, a contar con unas iguales condiciones básicas de vida en relación con las de las personas mejor situadas”. RUIZ MIGUEL, Alfonso, ob. cit., pág. 663.

14. La existencia de prestación es también uno de los puntos controvertidos en toda empresa definicional bajo la tentación esencialista. Ya que, por un lado, dentro del conjunto de derechos sociales suelen incluirse exigencias no consistentes en prestaciones, tales como el derecho a la huelga, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de sindicación. Y, por otro lado, se señalan exigencias que pertenecen al conjunto de derechos civiles y políticos pero que involucran prestaciones como, por ejemplo, el derecho al debido proceso jurídico que implica la existencia de una estructura judicial rápida y eficaz. Véase PRIETO SANCHÍS, Luis, ob. cit., págs. 14-16.

Ahora bien, nótese que las categorías usadas hacen referencia a clasificaciones sociales que suelen ser sensibles. Si bien, como adelanté, el uso de categorías es algo que tiene lugar cotidianamente y con frecuencia atribuimos a una persona ciertas características o roles por el mero hecho de pertenecer a una categoría; existen casos en los que tanto las categorías como las características asociadas a una persona pueden ser sensibles, tal como muestra la lista de Peces Barba¹⁵. La incorporación de una persona a categorías tales como anciano, joven, mujer, consumidor, disminuido físico o indígena si bien sirve para delimitar los grupos sociales que merecen especial atención del Estado, suele estar acompañada por la asociación a esa persona de un conjunto de propiedades sensibles. Entre otros, disminución de interés por la sexualidad (ancianos)¹⁶, preferencia por la crianza de hijos frente al desarrollo profesional (mujer)¹⁷ y falta de cultura (indígena)¹⁸. La sensibilidad de las propiedades no tiene que ver directamente con el hecho que efectivamente caractericen o no al grupo en cuestión, puesto que ello es una cuestión empírica, sino a que están estrechamente vinculadas con aspectos sensibles tales como la autopercepción de los individuos, la construcción de identidades y las actitudes discriminatorias, entre otros.

El hecho que el uso de tales categorías, se encuentren o no asociadas a rasgos sensibles, sea indispensable para la existencia y

-
15. La sensibilidad de la categorización no se reduce a la clasificación de personas. También pueden resultar sensible la categorización de animales. Véase SCHAUER, Frederick: *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2003. Págs. 55-78 acerca de la asociación entre Pit Bulls y violencia.
 16. Véase, por ejemplo, respecto de la edad (o la vejez en particular) la bibliografía sobre etarismo (*ageism*) disponible en NELSON, Todd: *Ageism. Stereotyping and Prejudice Against Older Persons* MIT Press, Cambridge, MA-Londres, 2002.
 17. Véase, por ejemplo, respecto de la mujer COOK, Rebecca y CUSACK, Simone: *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Profamilia, Bogotá, 2010.
 18. Véase, por ejemplo, SAIZ, José L. et al.: "Estereotipos sobre los Mapuches: su reciente evolución". En: *Psykhé*, 17, 2, 2008.

realización de derechos sociales, exige prestar atención a su funcionamiento. En particular, hace falta un análisis ulterior acerca de los riesgos de su uso y del modo en que pueden afectar la comprensión de los derechos sociales. Un ámbito teórico donde se ha avanzado en ese análisis es el de la categorización social, en particular, la atención ha recaído sobre un tipo problemático de categorías sociales, a saber, los estereotipos. Un estereotipo, en general, es un tipo de categorización social que suele estar asociado a categorías y rasgos sensibles; tal como las usadas para concretar derechos sociales. Con frecuencia señalar que una afirmación es un estereotipo es suficiente para que el oyente la condene. Sin embargo, desde mi punto de vista, bajo esta homogeneidad expresiva se esconden diferentes significados. En este sentido creo necesario distinguir, desde un punto de vista conceptual, dos tipos de estereotipos¹⁹. 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 (que llamaré estereotipos descriptivos). Como por ejemplo, el estereotipo según el cual el interés por la sexualidad decae en las personas ancianas²⁰. Por otro lado, aquellos que definen y constituyen los roles que deben desempeñar las personas que pertenecen a determinada categoría o grupo social (que llamaré estereotipos normativos). Como, por ejemplo, el estereotipo según el cual al envejecer los padres, los hijos deberían hacerse cargo económicamente de ellos²¹.

Los estereotipos descriptivos poseen una dirección de ajuste estereotipo-grupo social, que quiere simplemente decir que si el estereotipo no coincide con el mundo ello es una razón para abandonar

19. Una distinción conceptual que tiene su punto de partida en los usos del término “estereotipo” vigentes entre los juristas mismos. He buscado ofrecer pruebas de ello en ARENA, Federico José, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial”, 2014, manuscrito.

20. Tomo este ejemplo del trabajo ARNOLD-CATHALIFAUD, Marcelo et al.: “La vejez desde la mirada de los jóvenes chilenos: Estudio exploratorio”. En: *Última década*, 27, 2007.

21. Véase *Ibíd*em, pág. 79.

o modificar el estereotipo²². En virtud de esto, los estereotipos descriptivos pueden ser evaluados sobre la base de su correspondencia o no con las reales características del grupo al que se refieren²³.

Los estereotipos normativos poseen 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 (necesariamente) 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. 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 sociales²⁴. Es por ello que los estereotipos normativos moldean el comportamiento,

22. 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 actual se vincula con una distinción formulada por G. Elizabeth M. Anscombe en su obra *Intention* (ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth: *Intention*. Basil Blackwell, Oxford, 1957. Pág. 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, John: “A Taxonomy of Illocutionary Acts”. En: *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, 1975. Pág. 6.

23. 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, Lee et al.: “The Unbearable Accuracy of Stereotypes”. En: Nelson, Todd D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*. Psychology Press - Taylor and Francis, New York, 2009. Pág. 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.

24. ALEXANDER, Larry: “What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, preferences, stereotypes, and proxies”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, 1992. Pág. 141.

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 explícitas²⁵.

De este modo, algunos estereotipos desempeñan una función constitutiva de la identidad de ciertos grupos; puesto que ser miembro de ciertos agregados sociales implica comportarse según normas que definen el comportamiento de quienes participan en el grupo. Es decir, aquello que constituye, en parte, el ser miembro de un grupo es precisamente observar esas normas sociales²⁶.

Según Appiah, toda identidad colectiva posee la siguiente estructura:

a) Un conjunto de términos o etiquetas que sirven como criterios de adscripción al grupo (es decir, permiten reconocer a algunas personas como miembros del grupo). A esos términos se encuentran asociados estereotipos de diferentes tipos, tanto descriptivos y normativos²⁷.

b) Identificación como miembro del grupo. Es decir, pensarse a sí mismo como miembro del grupo²⁸. 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.).

25. Y agregan: “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”. AKERLOF, George y KRANTON, Rachel: *Identity Economics. How Our Identities Shape Our Work, Wages, and Well-being*. Princeton University Press, Princeton, 2010. Pág. 11. En el mismo sentido APPIAH, Kwame: *The Ethics of Identity*. Princeton UP, Princeton, 2005.

26. APPIAH, Kwame Anthony: “Stereotypes and the Shaping of Identity”. En: *California Law Review*, 2000. Pág. 88.

27. APPIAH, Kwame Anthony, *The Ethics of Identity*, ob. cit., pág. 67.

28. *Ibidem*, pág. 68.

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 determinado²⁹.

Ahora bien, teniendo en cuenta la lista de Peces Barba y el modo en que los derechos sociales están reconocidos en algunas constituciones, la concreción y la realización de los derechos sociales ya sea a nivel legislativo o judicial, exige la utilización de ambas clases de estereotipos, por lo que es necesario avanzar en algunas precisiones acerca de las dificultades que impone su uso.

4. Estereotipos y concreción de derechos sociales

Una diferencia que suele alegarse para distinguir a los derechos sociales de los derechos civiles y políticos es el de la exigibilidad. Mucho se ha discutido acerca de la posibilidad de exigir al Estado el cumplimiento de derechos sociales reconocidos por la constitución, en aquellos países donde, claro está, la constitución lo haga³⁰.

29. Ídem. 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. No parece posible elegir este tipo de identidades.

30. Es posible clasificar a los autores en diferentes grupos, según sostengan o no que la exigibilidad es un elemento esencial de los derechos. Por ejemplo, tanto Abramovich y Courtis como Rosenkratz se encuentran en el primer grupo, si bien con tesis diametralmente opuestas. Los dos primeros defienden la exigibilidad como

Uno de los argumentos frecuentemente alegados para cuestionar la exigibilidad de los derechos sociales es su carácter abstracto o indeterminado. En este sentido Cruz Parcero señala que la razón por la que suele resultar difícil reclamar judicialmente el cumplimiento de derechos sociales es que “suelen estar formulados en los textos legales como principios (directrices o *policies*) o reglas de fin, esto es, reglas o principios que no ordenan una acción, sino que establecen una finalidad o estados de cosas a alcanzar [...] Esta característica estructural de los derechos sociales provoca que su exigencia judicial sea un problema porque no es posible tener criterios taxativos ni para imputar responsabilidad a las autoridades, ni para exigir que ciertas acciones sean ordenadas por los tribunales”³¹.

Ello no es una característica exclusiva de los derechos sociales, de hecho, las normas constitucionales en general exigen, a causa de su indeterminación, una previa “concreción” para poder ser aplicadas³². Según Guastini, “concretar un principio, a su vez, significa usarlo como premisa en un razonamiento cuya conclusión es la formulación de una ‘regla’: una nueva regla, hasta ese momento no formulada, que constituye su ‘actuación’ o ‘especificación’”³³. En el caso de los derechos

nota esencial de los derechos y argumentan que los derechos sociales son también exigibles ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid, 2002. Mientras que Rosenkratz, asumiendo el mismo punto de partida niega que los derechos sociales sean exigibles y por lo tanto, sostiene, que no son derechos ROSENKRANTZ, Carlos: “La pobreza, la ley y la constitución”. En: Bullard, Alfredo y Couso, Javier et al.: *El derecho como objeto e instrumento de cambio social*. del Puerto, Buenos Aires, 2003 Atria, en cambio, pertenece al segundo grupo. Según el filósofo chileno la exigibilidad no es una nota esencial de los derechos sociales ATRIA, Fernando, ob. cit.

31. CRUZ PARCERO, Juan: “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”. En: *Discusiones*, 4, 4, 2004. Págs. 90-91.

32. GUASTINI, Riccardo: *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014. (Trad. Silvina Álvarez Medina). Págs. 211 y ss.

33. *Ibídem*, pág. 212.

sociales, la formulación de la regla exige la especificación de los titulares y la determinación de la prestación. Este proceso no es unívoco, en el sentido que un mismo derecho social puede ser concretado de varios modos diferentes; en el sentido que pueden especificarse más de una categoría o determinarse más de un tipo de prestación para un mismo derecho social. En todo caso, esta es una tarea que pueden llevar a cabo tanto los legisladores como los jueces³⁴. Para llevar a cabo esta tarea necesitarán recurrir a estereotipos descriptivos y normativos. En lo que sigue quisiera señalar algunas consideraciones que, respecto de la concreción de derechos sociales, pueden extraerse a partir del análisis del funcionamiento de ambos tipos de estereotipos.

En primer lugar, respecto de los estereotipos descriptivos se ha propuesto distinguir entre estereotipos sin base estadística y estereotipos con base estadística³⁵. Ello en cuanto algunos de ellos, si bien no necesariamente todos, pueden describir correctamente las características de los miembros de un grupo. En este sentido, carecen de base estadística los estereotipos que atribuyen al grupo una característica que el grupo no posee y pueden ser denominados “estereotipos falsos”. En cambio, tienen base estadística los estereotipos que asocian a un grupo una característica que efectivamente el grupo posee. Ello no quiere decir que la mayoría de los miembros del grupo posee esa característica, sino

34. Escapa del alcance de este artículo la discusión acerca de la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales. Por exigibilidad me refiero a la discusión sobre la posibilidad de exigir judicialmente al Estado el cumplimiento de un derecho social cuando este se encuentra reconocido en la constitución pero no ha sido concretado por el legislador ordinario. Por justiciabilidad me refiero a la discusión relativa a la posibilidad que los jueces revisen la concreción de un derecho social efectuada por el legislador. Estas discusiones se vinculan con cuestiones complejas de teoría constitucional, tales como la división de poderes, la legitimidad para la asignación de recursos, la escasez y la igualdad, entre otras. Sobre la exigibilidad véase, por ejemplo, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., ob. cit. Sobre la justiciabilidad véase, por ejemplo, GROSMAN, Lucas: *Escasez e igualdad*. Librería, Buenos Aires, 2008.

35. Véase JUSSIM, Lee et al., ob. cit.; SCHAUER, Frederick, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, ob. cit., Págs. 7 y ss., y APPIAH, Kwame: *The Ethics of Identity*, ob. cit., págs. 47-48, entre otros.

que el hecho de ser miembro de ese grupo, y no de otro, hace más probable (estadísticamente) que se la posea. Los estereotipos falsos son menos problemáticos desde el punto de vista teórico, puesto que es más sencillo advertir que deben ser evitados para concretar derechos sociales, ya que implican una falsa representación de un grupo³⁶. Y por lo tanto implican también una incorrecta asignación de recursos del Estado. El problema teórico lo crean los estereotipos con base estadística, pues no son categorías universales. Es decir, si bien permiten fundar una correlación entre la pertenencia a un grupo y una determinada característica, existirán casos individuales en que esa correlación no se da. Pero ello es una propiedad de todas las categorías no universales, por lo que afirmar que también ellos deberían ser evitados impediría la concreción misma de los derechos sociales basados en categorías. Parece inevitable que la concreción de los derechos sociales se base en estereotipos descriptivos acerca de los grupos titulares de la exigencia en cuestión, de otro modo no sería posible atribuir a ese grupo el rasgo que dispara la titularidad del derecho social.

Además, gracias a este carácter impreciso de los estereotipos descriptivos, el legislador podrá asociar la pertenencia a un grupo con un conjunto de características o rasgos que justifiquen la prestación. Mediante la categorización el legislador podrá capturar a los miembros del grupo relevante, distinguirlos del resto de la sociedad, para hacerlos titulares de la prestación. Ya que sólo quienes poseen ciertas características serán titulares de la prestación. Los estereotipos con base estadística permiten ahorrar esfuerzos a la autoridad, judicial o administrativa, que deba implementar la prestación. Puesto que no necesita obtener mayor información que la indispensable para establecer la pertenencia al grupo. Es decir, una vez que se constató estadística-

36. 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 posea la propiedad en 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.

mente la relación entre la pertenencia a un grupo y la característica C2 relevante que justifica la prestación; el estereotipo permite tomar decisiones acerca del grupo en general y de cada miembro en particular sin necesidad de recolectar nueva información. La constatación de la posesión de la característica que lo hace miembro del grupo es suficiente para asociar a ese individuo la característica C2 y asignarle la prestación.

Ahora bien, desde el punto de vista cognitivo —i.e. de la capacidad del estereotipo para ofrecer información—, ello funciona así sólo en ausencia de evidencia contraria. Es decir, 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 para futuras ocasiones.

Sin embargo, en la esfera de los derechos sociales, el uso del estereotipo aún con base estadística no siempre se ajusta a su valencia cognitiva. Es decir, si bien el uso de estereotipos tiende a apoyarse en su capacidad para ofrecer información, existen razones para que ello no sea siempre así.

En primer lugar, en algunos casos existe presión para abandonar el uso de estereotipos, aún cuando sean correctos desde el punto de vista estadístico. Los estereotipos suelen generar tanto en sus portadores (quienes razonan usando el estereotipo) como en sus destinatarios (los sujetos estereotipados) ciertas actitudes negativas que podrían evitarse. Por ejemplo, un estereotipo según el cual los estudiantes de determinada procedencia poseen problemas en la escuela, suele generar en la docente y los compañeros rigidez y resistencia al cambio frente a evidencia que contradice el estereotipo. En consecuencia, 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 estereotipado³⁷. Al mismo tiempo, los estereotipos suelen producir en los destinatarios un tipo de reacción denominada amenaza-de-estereotipo. Percibirse como destinatario de un estereotipo, afecta negativamente el comportamiento de manera tal que el estereotipo resulta confirmado. Así ha sucedido en experimentos estadounidenses donde se testeaba el estereotipo según el cual los estudiantes afroamericanos obtienen resultados más bajos que los demás estudiantes. Los resultados empeoraban cuando a los participantes se les informaba que el test estaba destinado a medir esa diferencia, que contaba ya con base estadística³⁸. Frente a este tipo de consecuencias existen razones para que la especificación de la categoría que reciba la prestación no se refiera exclusivamente a quienes efectivamente poseen problemas educativos sino que sea una clase más amplia, de modo tal que evite esas actitudes. Es decir, si bien desde el punto de vista cognitivo sólo respecto de quienes poseen determinados rasgos está justificada la prestación, para evitar la formación del tipo de actitudes mencionadas, es recomendable utilizar una categoría más amplia y, en consecuencia, con menor capacidad cognitiva.

El uso de categorías más amplias que lo que justificaría su valencia cognitiva está también vinculado con razones de implementación. Respecto de algunas prestaciones suele no sólo ser difícil determinar, de hecho, la pertenencia a la categoría vulnerable, sino también el proceso mismo de determinación puede verse afectado por diferentes vicios o inconvenientes. Así los legisladores suelen preferir categorías más amplias (lo que suele denominarse “universalizar la prestación”). Como por ejemplo, en Argentina, la asignación universal por hijo³⁹ o la denominada jubilación para amas de casa⁴⁰. En estos

37. BLUM, Lawrence: “Stereotypes and Stereotyping: A Moral Analysis”. En: *Philosophical Papers*, 33, 3, 2004.

38. STEELE, Claude: *Whistling Vivaldi. How Stereotypes Affect Us and What We Can Do*. W.W. Norton & Co., New York, 2010.

39. Decreto N° 1602/09 del Poder Ejecutivo Nacional. Se trata, específicamente, de una prestación monetaria que les corresponde a los hijos de las personas que están desocupadas, trabajan en la economía informal con ingresos iguales o

casos existe una afectación del principio de igualdad por sobre inclusión, pues se trata de situaciones en las que se usa un estereotipo incluso respecto categorías de individuos que no lo satisfacen, es decir, que no poseen el rasgo que justifica la prestación. La afectación se produce en cuanto se impone a un caso la misma solución aplicada a casos respecto de los cuales existe una diferencia relevante⁴¹.

Distintos son, en cambio, los problemas de infrainclusión de categorías. Es decir, cuando el legislador ha concretado el derecho social utilizando una categoría que deja fuera otra categoría de personas que poseen el rasgo que justifica la prestación. Por ejemplo, el gobierno español había conferido un subsidio a favor de los campesinos desempleados de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 90/1989, de 11 de mayo, tuvo que resolver un recurso de amparo interpuesto por un campesino que vivía en Murcia contra la resolución administrativa que le negó el subsidio en virtud de que no entraba en la categoría prevista. Claramente se producía también aquí una afectación del principio de igualdad, pues se impone a una clase de casos una solución diferente a la aplicada a una clase de casos respecto de la cual comparte una propiedad relevante. Sin embargo, el Tribunal usó para resolver un argumento habitual en materia de derechos sociales, i.e. la distribución de competencias entre legislador y tribunales. Así, sostuvo que era competencia del gobierno determinar el alcance de los subsidios por desempleo, según la disponibilidad de fondos.

inferiores al Salario Mínimo, Vital y Móvil, monotributistas sociales, trabajadores del servicio doméstico, trabajadores por temporada en el período de reserva del puesto o perciban alguno de los siguientes planes: Argentina Trabaja, Manos a la Obra, Ellas Hacen, Programa de Trabajo Autogestionado, Jóvenes con Más y mejor Trabajo, Programa Promover la igualdad de Oportunidades y Seguro de Capacitación y Empleo. (<http://www.anses.gob.ar/prestacion/asignacion-universal-por-hijo-92>).

40. Se trata de una moratoria previsional para quienes no hayan realizado los aportes necesarios para jubilarse.

41. WESTEN, Peter: "The Empty Idea of Equality". En: *Harvard Law Review*, 95, 3, 1982.

En definitiva, respecto de los estereotipos descriptivos, tratándose de categorías no universales, existirán siempre imprecisiones en casos individuales⁴². Pero también existirán tensiones entre el principio de igualdad y el uso de categorías sobre e infrainclusivas. Es decir, el legislador puede hacer el esfuerzo de encontrar correlaciones estadísticas entre la pertenencia a una categoría y la posesión de un rasgo que justifica la prestación. En esos casos, la valencia cognitiva del estereotipo y el principio de igualdad presionarán para mantener esa categoría al momento de concretar el derecho social reconocido por la constitución. Sin embargo, otras razones, sobre todo operacionales, pueden justificar una ampliación o una reducción de la categoría. En esos casos, el papel del juez adquiere relevancia para determinar hasta qué punto esas razones justifican la afectación del principio de igualdad.

La concreción de derechos sociales también suele conllevar el uso de estereotipos normativos. Ello sucede porque para determinar la prestación a la que tiene derecho una categoría de personas, suelen tomarse en cuenta modelos comportamentales que tales personas deberían seguir. Por ejemplo, si se asume el modelo según el cual las mujeres tienen respecto de los hijos mayores responsabilidades que los hombres, entonces el tiempo de licencia postmaternidad otorgado a mujeres será más extenso que el otorgado a los padres.

Como señalé más arriba, 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. En particular, tienen la pretensión de determinar los roles que definen a una categoría de personas. Es por eso que 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.

42. SCHAUER, Frederick: *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. (Trad. Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez). Págs. 89-92.

Por ejemplo, esto suele verificarse cuando se trata de estereotipos normativos que definen las identidades de grupos minoritarios. 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-responsable de los hijos y de los ancianos-fin de la actividad laboral. Mientras que otros estereotipos normativos, aún cuando constituyan la identidad de un grupo en cuanto 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 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.

Sobre esta base podemos entonces volver a la tensión entre opresión y reconocimiento. Existen 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.

A su vez, 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.

Volviendo a los derechos sociales, lo relevante es que al concretar un derecho social el legislador debería tener en cuenta esta ambigua relación entre opresión y reconocimiento. Se trata de determinar cuándo la concreción presupone un estereotipo normativo y cuándo ello genera incompatibilidad con otros estereotipos normativos. Mientras que los jueces tienen en sus manos la posibilidad de realizar ajustes a las decisiones legislativas. El papel de los jueces se vuelve más apremiante en aquellos casos en que los grupos cuya identidad está en juego sufren cierto desplazamiento de los lugares de decisión. O, más en general, carecen de representación en órganos democráticos.

Quizás un ejemplo que sirve para ilustrar esta dificultad es el de la política del estado chileno respecto de la propiedad de las tierras ancestrales de los mapuches. Como señala Aylwin Oyarzún, “desde 1994 en adelante, la política sectorial referida a los pueblos indígenas ha estado orientada prioritariamente [...] a la problemática de la tierra”⁴³. Sin embargo, entre las dificultades que siguieron a las

43. AYLWIN OYARZÚN, José: “Igualdad, inclusión y pueblos indígenas: entre el discurso y la política pública”. En: Muñoz León, Fernando: *Igualdad, inclusión y derecho*. LOM ediciones, Santiago de Chile, 2013. Pág. 135.

decisiones relativas a la recuperación de las tierras indígenas, Aylwin Oyarzún señala la afectación de la organización e identidad de las comunidades indígenas. En particular han tenido este efecto la titulación individual de las tierras que contradice la propiedad comunitaria indígena y el traslado de las comunidades desde las tierras originarias a otras ubicadas en lugares más alejados⁴⁴. Si a esta situación se suma la ausencia de representantes de esos pueblos indígenas en cargos electivos y la subrepresentación en otras esferas del poder público, el papel de los jueces se vuelve fundamental para proteger la identidad de tales grupos frente a determinados estereotipos normativos presupuestos en la concreción de derechos sociales⁴⁵.

5. Conclusiones

Como sostuve en la introducción, me parece que la noción de categoría social es indispensable para comprender un conjunto bastante amplio de exigencias actualmente dirigidas al Estado bajo la cobertura del discurso de los derechos humanos. Ello en cuanto se basan en la existencia de una diferencia relevante entre una determinada categoría social y el resto de los ciudadanos. El abandono de tentaciones esencialistas acerca del análisis conceptual nos permite abordar este rasgo aún cuando no se haya demostrado que se trata de una condición necesaria y suficiente de pertenencia de una determinada exigencia al conjunto denominado “Derechos sociales”.

La importancia de este rasgo para la teoría de los derechos sociales permite también obtener una enseñanza respecto del análisis de los estereotipos. Me refiero al hecho que los estereotipos, a pesar de sus riesgos, son de uso indispensable para la realización de estas exigencias. La concreción de estas exigencias se hace a partir de categorizaciones referidas a los miembros de determinados grupos sociales y relativas tanto a sus características y necesidades como a sus roles. El uso de

44. AYLWIN OYARZÚN, José, ob. cit., pág. 138.

45. Sobre la problemática de la representatividad indígena véase, de nuevo, AYLWIN OYARZÚN, José, ob. cit., págs. 143-144.

estereotipos descriptivos exige prestar atención a los problemas de sobre e infra inclusión de categorías. Mientras que el uso de estereotipos normativos exige evitar afectar la identidad de los grupos involucrados. Un análisis más detallado de los modos para llevar a cabo estas tareas deberá ser objeto de una investigación ulterior.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid, 2002.
- AKERLOF, George A. y KRANTON, Rachel E.: *Identity Economics. How Our Identities Shape Our Work, Wages, and Well-being*. Princeton University Press, Princeton, 2010.
- ALEXANDER, Larry: "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, preferences, stereotypes, and proxies". En: *University of Pennsylvania Law Review*, 141, 1, 1992. Págs. 149-219.
- ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth M.: *Intention*. Basil Blackwell, Oxford, 1957.
- APPIAH, Kwame Anthony: "Stereotypes and the Shaping of Identity". En: *California Law Review*, 88, 1, 2000. Págs. 41-53.
- APPIAH, Kwame Anthony: *The Ethics of Identity*. Princeton UP, Princeton, 2005.
- ARNOLD-CATHALIFAUD, Marcelo, et al.: "La vejez desde la mirada de los jóvenes chilenos: Estudio exploratorio". En: *Última década*, 27, 2007. Págs. 75-91.
- ATRIA, Fernando: "¿Existen los derechos sociales?". En: *Discusiones*, 4, 4, 2004. Págs. 15-60.
- AYLWIN OYARZÚN, José: "Igualdad, inclusión y pueblos indígenas: entre el discurso y la política pública". En: Munóz León, Fernando (ed.), *Igualdad, inclusión y derecho*. LOM ediciones, Santiago de Chile, 2013. Págs. 129-152.
- BLUM, Lawrence: "Stereotypes and Stereotyping: A Moral Analysis". En: *Philosophical Papers*, 33, 3, 2004. Págs. 251-289.
- BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, 1991. (Trad. Rafael de Asís).

- COOK, Rebecca J. y CUSACK, Simone: *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Profamilia, Bogotá, 2010.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio: “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”. En: *Discusiones*, 4, 4, 2004. Págs. 71-98.
- GROSMAN, Lucas: *Escasez e igualdad*. Librería, Buenos Aires, 2008.
- GUASTINI, Riccardo: *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014. (Trad. Silvina Álvarez Medina).
- JUSSIM, Lee, et al.: “The Unbearable Accuracy of Stereotypes”. En: Nelson, Todd D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*. Psychology Press - Taylor and Francis, New York, 2009. Págs. 199-227.
- LAPORTA, Francisco: “Sobre el concepto de derechos humanos”. En: *Doxa*, 4, 1987. Págs. 23-46.
- MERVIS, C. y ROSCH, E.: “Categorization and Natural Objects”. En: *Annual Review of Psychology*, 32, 1981. Págs. 89-115.
- NELSON, Todd D. (ed.), (2002), *Ageism. Stereotyping and Prejudice Against Older Persons* Cambridge, MA-Londres, MIT Press.
- PECES-BARBA, Gregorio: *Derechos sociales y positivismo jurídico. Estudios de filosofía jurídico y política*. Dykinson, Madrid, 1999.
- PRIETO SANCHÍS, Luis: “Los derechos sociales y el principio de igualdad”. En: *Revista del Centro de estudios constitucionales*, 1995. Págs. 9-57.
- ROSENKRANTZ, Carlos: “La pobreza, la ley y la constitución”. En: Bullard, Alfredo, et al. (eds.): *El derecho como objeto e instrumento de cambio social*. del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso: “Derechos liberales y derechos sociales”. En: *Doxa*, 15-16, 1994. Págs. 651-674.
- SAIZ, José L., et al.: “Estereotipos sobre los Mapuches: su reciente evolución”. En: *Psykhē*, 17, 2, 2008. Págs. 27-40.
- SCHAUER, Frederick: *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2003.
- SCHAUER, Frederick: *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. (Trad. Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez).

- SCHAUER, Frederick: *The Force of Law*. Harvard University Press, Cambridge, MA, 2015.
- SEARLE, John: "A Taxonomy of Illocutionary Acts". En: *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, 6, 1975. Págs. 334-369.
- SEARLE, John: *Intentionality. An essay in the philosophy of mind*. Cambridge University Press, Cambridge, 1983.
- STEELE, Claude M.: *Whistling Vivaldi. How Stereotypes Affect Us and What We Can Do*. W.W. Norton & Co., New York, 2010.
- TAJFEL, Henri: *Differentiation between Social Groups. Studies in the Social Psychology of Intergroup Relations*. Academic Press, Londres, 1978.
- WESTEN, Peter: "The Empty Idea of Equality". En: *Harvard Law Review*, 95, 3, 1982. Págs. 537-596.