

Doctrina

Título: **El abordaje de estereotipos en sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Precisiones sobre su incidencia en el razonamiento probatorio**

Autor: Arena, Federico José

País:  Argentina

Publicación: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la CABA - Número 24 - Diciembre 2022

Fecha: 12-12-2022

Cita: IJ-MMMDCCCXXI-610

[Índice](#)[Voces](#)[Relacionados](#)

1. Introducción
2. "Estereotipos" en las decisiones de la Corte Suprema
3. Estereotipos y evaluación de la prueba
4. Conclusiones
5. Bibliografía
6. Notas

El abordaje de estereotipos en sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Precisiones sobre su incidencia en el razonamiento probatorio

Federico José Arena*

1. Introducción [arriba]

Los reclamos contra los efectos perjudiciales de los estereotipos tienen ya una larga historia y han sido objeto de tratamiento jurisprudencial y teórico desde diferentes perspectivas. En el primer sentido, estos reclamos se han reflejado en la jurisprudencia de tribunales internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana^[1] o el Tribunal Europeo^[2], pero también en la jurisprudencia de cortes nacionales, como, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia mexicana. En el segundo sentido, son ya numerosas las contribuciones teóricas sobre la incidencia de los estereotipos en la reproducción de ciertas formas de discriminación^[3]. Sin embargo, esta preocupación y los distintos abordajes no se han todavía filtrado en las decisiones de nuestra Corte Suprema, ni tampoco en los votos individuales de sus miembros de esos dos organismos. Lo cual no quiere decir que no haya, aunque pocos, fallos en los aparezca esa terminología. Por supuesto, tampoco quiere decir que la Corte no haya decidido casos que involucraban estereotipos, pero, en esos casos, la cuestión ha sido capturada usando herramientas teórico-jurídicas diferentes, en particular, aquellas asociadas a la noción de categoría sospechosa.

El abordaje de estereotipos en sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Precisiones sobre su incidencia en el razonamiento probatorio.

Federico José Arena*

1. Introducción

Los reclamos contra los efectos perjudiciales de los estereotipos tienen ya una larga historia y han sido objeto de tratamiento jurisprudencial y teórico desde diferentes perspectivas. En el primer sentido, estos reclamos se han reflejado en la jurisprudencia de tribunales internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana¹ o el Tribunal Europeo², pero también en la jurisprudencia de cortes nacionales, como, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia mexicana. En el segundo sentido, son ya numerosas las contribuciones teóricas sobre la incidencia de los estereotipos en la reproducción de ciertas formas de discriminación³. Sin embargo, esta preocupación y los distintos abordajes no se han todavía filtrado en las decisiones de nuestra Corte Suprema, ni tampoco en los votos individuales de sus miembros de esos dos organismos. Lo cual no quiere decir que no haya, aunque pocos, fallos en los que aparezca esa terminología. Por supuesto, tampoco quiere decir que la Corte no haya decidido casos que involucraban estereotipos, pero, en esos casos, la cuestión ha sido capturada usando herramientas teórico-jurídicas diferentes, en particular, aquellas asociadas a la noción de categoría sospechosa.

En este texto propongo un breve repaso de sentencias de la Corte Suprema argentina donde ha aparecido un abordaje explícito de estereotipos en el sentido que el término “estereotipo” aparece en esas decisiones. Se trata de los casos Colegio Monserrat (González de Delgado) del año 2000, Itzcovich del año 2005; Sisnero del año 2014 y el Caso “S.” de 2020⁴. Mi interés en los primeros tres casos es que a partir de su análisis es posible advertir que los estereotipos son usados de diferentes maneras y que, por lo tanto, su abordaje en una

* Investigador Adjunto, CIJS, Conicet-UNC. Profesor en la Universidad Blas Pascal y en la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: farena@conicet.gov.ar. El presente trabajo se basa en textos publicados con anterioridad, véase para todos, Arena, F.J., *Los estereotipos detrás de las normas*, Toledo, Córdoba, 2022.

¹ Las decisiones de la CIDH sobre estereotipos constituyen ya un cuerpo consistente de jurisprudencia. Adquirió carácter fundacional el fallo en el Caso González y otras (“Campo algodónero”) vs. México, sentencia del 16/11/2009. Un análisis de la jurisprudencia puede verse en Undurraga, V., “Gender Stereotyping in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, en Brems, E. y Timmer, A. (coords.), *Stereotypes and Human Rights Law*, Intersentia, Cambridge, 2016 y Cardoso Onofre de Alencar, E., “Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Eunomia*, Vol. 9, 2016.

² Un caso paradigmático es TEDH, Konstantin Markin c. Rusia [GC], no. 30078/06, 22 de marzo de 2012. Un análisis de las decisiones puede verse en Timmer, A., “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, Vol. 11, Num. 4, 2011.

³ Entre muchos otros puede verse Cook, R.J. y Cusack, S., *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Bogotá, 2010; Timmer, A., “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, en *American Journal of Comparative Law*, Vol. 63, Num. 1, 2015, Ghidoni, E. y Morondo Taramundi, D., “El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio”, en *Discusiones*, Vol. 28, Num. 1, 2022.

⁴ González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba “caso Montserrat”, G. 653. XXXIII, 19/09/2000; Itzcovich, Mabel c/Anses s/ reajustes varios, I. 349. XXXIX, 29/03/2005; Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva SRL y otros s/amparo, S. 932. XLVI, 20/05/2014; CSJN, “S.”, sentencia del 4 de junio de 2020, Fallos: 343:354.

decisión judicial ha de reflejar esa complejidad. Sobre la base de estas consideraciones introductorias, el interés principal estará puesto en la última decisión señalada, donde la cuestión de los efectos perjudiciales de los estereotipos aparece con relación al razonamiento probatorio.

Dados los rasgos y la manera de funcionar de los estereotipos, una empresa epistémica, *i. e.*, una empresa que tenga por objetivo conocer hechos, puede verse obstaculizada o, cuanto menos, distorsionada por su influencia. Esta última puede aparecer tanto en el contexto de descubrimiento como en el de justificación, es decir, los estereotipos pueden influir tanto en el modo en que una persona percibe o reconstruye los hechos —descubrimiento—, como en el modo en que una persona elabora un razonamiento para defender los enunciados acerca de los hechos, que considera verdaderos —justificación—. En estas dos modalidades, los estereotipos también pueden infiltrarse en el razonamiento probatorio de la persona juzgadora y, en ciertas ocasiones, producir una distorsión.⁵ Ciertamente, otros momentos del proceso probatorio pueden también verse afectados por estereotipos, como la recolección de la evidencia, la selección de las pruebas pertinentes e incluso la formulación inicial de hipótesis de investigación.⁶ El análisis propuesto buscará ofrecer herramientas para identificar las posibles distorsiones que, en ámbito de la justificación del razonamiento probatorio, pueden producir los estereotipos.

2. “Estereotipos” en las decisiones de la Corte Suprema

Como adelanté, la Corte no ha incorporado la teoría social y jurídica de los estereotipos y casi no ha utilizado ese término en sus decisiones. Esto no quiere decir que la Corte no haya abordado problemas relacionados con estereotipos sin usar esa terminología. Ha ciertamente enfrentado cuestiones similares recurriendo a otras herramientas conceptuales o esquemas teórico-jurídicos. Principalmente ha usado la estructura de la argumentación que, en la jurisprudencia de la Corte estadounidense, se ha denominado de escrutinio estricto frente a categorías sospechosas⁷. Si bien esta última expresión no es frecuente en la jurisprudencia de la Corte argentina, sí existen explícitas referencias a ellas y, de todos

⁵ No me referiré aquí a un problema ulterior y que ha adquirido centralidad en la discusión teórica reciente. Me refiero a la incidencia de los sesgos implícitos. Los sesgos implícitos funcionarían, si las investigaciones empíricas al respecto resultan finalmente bien fundadas, de manera inconsciente y sin control por parte del sujeto. Me he referido a ellos en Arena, F.J., "Acerca de la relevancia de las investigaciones sobre sesgos implícitos para el control de la decisión judicial", en Arena, F. J., Moreno Cruz, D. et al. (coords.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021a. Véase también Páez, A., "Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales", en Arena, F. J., Moreno Cruz, D. et al. (coords.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021.

⁶ Un abordaje detallado y bien argumentado de la incidencia de estereotipos en esos momentos procesales puede verse en el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, publicado por la Suprema Corte mexicana en noviembre de 2020 Zaldívar, A. et al., *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2020, pp. 173-204.

⁷ En esa jurisprudencia, se considera que algunas clasificaciones de personas en grupos son sospechosas de discriminación (por ej., nacionalidad, género, raza, entre otras). Cuando una regulación legal se basa en una categoría sospechosa, la Corte aplica, por lo general, el test de escrutinio estricto, exigiendo, entre otras cosas, que el Estado pruebe la existencia de un fin público imperioso que justifique la clasificación. Una de las primeras sentencias, y además paradigmática, al respecto es *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), sobre los campos de concentración para japoneses en Estados Unidos durante 1942 y 1948.

modos, el recurso a esa teoría es bastante evidente⁸. Es por ello que la Corte suele preferir el término “prejuicio” a la luz de la relevancia que ese término tiene dentro de la teoría de las categorías sospechosas. Si bien esta teoría tiene vínculos con la teoría de los estereotipos, ambas no se superponen completamente. En algunas decisiones ese andamiaje teórico está asociado con la existencia de estereotipos, como por ejemplo, en los casos Colegio Monserrat (González de Delgado) del año 2000, Itzcovich del año 2005 y Sisnero del año 2014⁹.

En el caso del Colegio Monserrat, la Corte Suprema tenía que decidir acerca de la constitucionalidad de una Ordenanza del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba, que establecía un régimen de inscripción mixto para el Colegio Nacional del Monserrat. Ese Colegio había sido, hasta ese momento, exclusivamente para varones, a pesar de que ninguna norma explícita así lo establecía. Esa sentencia es la única donde el término estereotipo aparece en los considerandos de los propios ministros de la Corte Suprema. Pero ninguno de ellos lo usa, en sentido estricto, sino que lo menciona¹⁰, al citar los artículos de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹¹. Si bien la cuestión principal a resolver en ese fallo, y planteada por los padres recurrentes (contrarios al régimen mixto), era la competencia de la Universidad para decidir el régimen de inscripción al Colegio, también se trataron cuestiones de igualdad, relacionadas con estereotipos. Sin embargo, a pesar de ese encuadramiento, los padres no indicaron ninguna diferencia entre mujeres y varones que impidiera a las primeras aprovechar la educación del Colegio Monserrat. Sus argumentos, en cambio, tenían que ver sobre todo con la posibilidad de elegir un específico tipo de educación para sus hijos. Es decir, adujeron que optaron por el Colegio Monserrat ya que respondía a su ideario y a sus convicciones filosóficas, éticas y religiosas y a que su proyecto de enseñanza humanista orientada a varones era lo que mejor se adaptaba a la naturaleza y estructura de la personalidad de sus hijos. Su transformación en un establecimiento mixto importaría un cambio drástico de dicho proyecto y de la formación que otorga a sus alumnos, con perfil e identidad propias. Es por ello que sus argumentos se apoyaban en lo que consideraron un derecho a mantener una “inveterada costumbre” del Colegio (ya que no había ninguna norma escrita que impidiera el ingreso de mujeres). En definitiva, se trataba de definir la identidad del Colegio y de sus alumnos, no de determinar quiénes estaban en condiciones de educarse allí.

⁸ La teoría de las categorías sospechosas reconoce su primer antecedente en el pronunciamiento dictado en la causa "Repetto, Inés María". Fallos: 311:2272, voto concurrente de los jueces Petracchi y Bacqué, considerando 7° (“Que, a su vez, este Tribunal ha complementado el principio de igualdad mediante la aplicación de un examen más riguroso cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos, también llamados “sospechosos”). Véase Saba, R., "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, R. (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009 para un análisis de esa jurisprudencia.

⁹ *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba “caso Montserrat”*, G. 653. XXXIII, 19/09/2000; *Itzcovich, Mabel c/Anses s/reajustes varios*, I. 349. XXXIX, 29/03/2005; *Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva SRL y otros s/amparo*, S. 932. XLVI, 20/05/2014;.

¹⁰ Sobre la distinción entre uso y mención, y su correlativa entre lenguaje objeto y metalenguaje, puede verse García-Carpintero, M., *Las palabras, las ideas y las cosas: una presentación de la filosofía del lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 14-19.

¹¹ Se trata del inc. c del art. 10 que dispone la obligación de los Estados Parte de asegurar "La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y los programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza".

En el caso Sisnero, ninguno de los ministros de la Corte Suprema menciona el término estereotipo, pero aparece, ahora sí usado, en el dictamen de la entonces procuradora General, Gils Carbó, al cual se remiten los ministros. La procuradora en su dictamen de no solo usa el término, sino que también introduce elementos de las teorías jurídicas y sociales de los estereotipos, mencionadas más arriba. Al igual que en el caso del Colegio Monserrat, tampoco las empresas de transporte, que se resistían a contratar mujeres como choferes, intentaron ofrecer evidencia acerca de los rasgos de hombres y mujeres que pudieran incidir en la decisión de contratación, sino que simplemente se alegaba la necesidad de que las mujeres se limitaran a ciertos roles, quedando excluido el de chofer. Tal como ilustraban con claridad las manifestaciones, ya citadas, de uno de los empresarios y que vale la pena recordar: “esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias [...]. Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos [...] Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y [...] *no es tiempo de que una mujer maneje colectivos*”¹². Como surge de esas declaraciones, el empresario expresa una norma en virtud de la cual una persona perteneciente a cierto grupo social (e.g., las mujeres) debería desempeñar ciertas tareas o asumir determinados roles sociales (e.g., dedicarse a la cocina o a actividades de cuidado).

Por último, en el caso “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios” los ministros Maqueda y Zaffaroni, en voto conjunto, usan el término para referirse a “la discriminación etaria contra los adultos mayores de la población, que asocia a estos el estereotipo negativo de incapacidad física, intelectual y afectiva, y que, como toda discriminación excluyente, bajo el manto de la piedad hacia el ‘inferior’ postula una ‘tutela’ que no es más que la consagración de la marginación y la exclusión social” (p. 15 considerando 13 del voto de Maqueda y Zaffaroni). En este último caso, las afirmaciones a las que los ministros aplican la etiqueta “estereotipo” son afirmaciones descriptivas, i.e., acerca de los rasgos que poseen las personas que superan una cierta edad.

En estos fallos, en los que aparece la palabra estereotipos, la Corte Suprema ha vinculado las pretensiones de los recurrentes a las exigencias de la igualdad, recogidas en el artículo 16 de la Constitución. Es por eso que el tratamiento de estos casos es similar a la más extendida y ya analizada estructura argumentativa, recibida de la cultura jurídica estadounidense, acerca de las categorías sospechosas y el escrutinio estricto, que suele ser usada en casos que involucran una afectación de la igualdad. En casos de este último tipo, cuando el Estado (o un particular, como en el caso Sisnero) toma una decisión sobre la base de una categoría sospechosa de discriminación, el test del escrutinio estricto exige, para considerar a la norma legítima, que el tratamiento de esa categoría se apoye en datos certeros y que esté en juego una finalidad estatal imperiosa. A su vez, esa estructura argumentativa exige también que sea el propio Estado el que se encargue de ofrecer la prueba de que se verifican los dos requisitos anteriores. En este contexto, la Corte Suprema ha usado por lo general el término “prejuicio” para referirse a generalizaciones, acerca de grupos definidos por categorías sospechosas, que carecen de apoyo empírico. El hecho de usar la palabra “prejuicio” y no “estereotipo” es sintomático de que la teoría jurídica y social de los estereotipos no ha sido receptada por la Corte Suprema. Además, la vinculación de las categorías sospechosas con la igualdad, más allá de los resultados beneficiosos de ello, ha tendido a ignorar las vinculaciones entre los reclamos contra los estereotipos y las ideas o

¹² CSJN, Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva SRL y otros s/amparo, S. 932. XLVI, 20/05/2014, pág. 7.

valores de identidad y autonomía, esta última recogida en el artículo 19 de la Constitución Nacional¹³.

De lo dicho surge entonces que, hasta ahora, tanto en las sentencias relacionadas con la teoría de las categorías sospechosas, donde se usa el término “prejuicio”, como en las escasas sentencias donde aparece el término “estereotipo”, la Corte Suprema ha concebido la categorización social problemática y/o la estereotipación como un mecanismo de generalización injustificada de los rasgos que caracterizan ciertos grupos sociales, tales como las personas mayores de edad, las mujeres, los travestis, los homosexuales, etc. En Sisnero, por ejemplo, la Corte Suprema se refirió a la ausencia de toda evidencia que mostrase la alegada falta de idoneidad de las mujeres para trabajar como choferes. Del mismo modo, en el caso Itzcovich, se refirió a “oscuros prejuicios” acerca de la imposibilidad de las personas mayores para llevar adelante una vida laboral activa. En este caso, “oscuro prejuicio” parece referirse también a generalizaciones infundadas, i.e. sin apoyo empírico, acerca de las personas de cierta edad.

Pero si examinamos esos mismos casos más de cerca, es posible advertir que los reclamos contra los efectos perjudiciales de los estereotipos apuntan también a situaciones donde estos son usados con la pretensión de imponer determinados roles a sus destinatarios. Ello evidencia que el problema con los estereotipos no es únicamente que ofrezcan información falsa acerca de los rasgos de un grupo o que, al generalizar, no tengan en cuenta los rasgos de cada persona individual, sino que también son problemáticos porque pretenden imponer a los miembros de un determinado grupo ciertos roles o ciertas opciones de vida, reduciendo la posibilidad de que quienes forman parte de tales colectivos sociales puedan elegir entre un número mayor de posibilidades para formar su propia identidad o decidir sobre su curso vital. Este tipo de afectación es la que produce, por ejemplo, una afirmación como la del empresario de transporte en el caso Sisnero. El empresario no se refiere a ningún rasgo de las mujeres que les impida desempeñarse como choferes o que las haría inidóneas para ello, sino que defiende un tipo de rol para ellas en el mercado laboral. Por ello creo que es importante distinguir entre estereotipos descriptivos falsos y estereotipos normativos opresivos. La diferencia entre los dos puntos es importante, pues en contextos donde la limitación a la autonomía tiene una larga historia, la promoción de las opciones para quienes se veían afectadas, exige a veces dejar de lado, en el caso que existiesen, posibles diferencias relevantes. Son estereotipos descriptivos falsos aquellos que fracasan en la pretensión de describir los rasgos de un grupo de personas y fracasan porque, en virtud de la información con la que se cuenta, es posible determinar que el grupo no posee el rasgo que le atribuye el estereotipo. En cambio, son estereotipos normativos opresivos aquellos que pretenden imponer un rol a quienes forman parte de un grupo social sin respetar la autonomía de los destinatarios del estereotipo.

De igual modo, en el caso González de Delgado, son muy pocas las referencias acerca de las capacidades o menos de las mujeres para incorporarse al Colegio Monserrat (como sí se discutía en el caso de la Escuela Militar de Virginia, citado por la misma Corte Suprema en el fallo y analizado más arriba en este libro), sino que lo que defendían los padres que

¹³ En Arena, F.J., "Autonomía personal, identidad y estereotipos normativos. Acerca del alcance del art. 19", en Gargarella, R., Álvarez Medina, S. et al. (coords.), *Acciones privadas y constitución. La autonomía personal en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021b, he propuesto un análisis del modo en que la concepción de autonomía, que puede ser atribuida al texto de ese artículo, permite apoyar las demandas contra los estereotipos normativos.

recurrieron la resolución de la Universidad que transformaba en mixto el régimen de escolaridad, era una costumbre que definía diferentes roles para hombres y mujeres dentro de la comunidad educativa cordobesa. Dicho con otras palabras, el argumento no era, por ejemplo, que el colegio estaba dedicado a educación humanista y que, por alguna extraña razón, las mujeres no estaban en condiciones de aprovechar ese tipo de educación. Sino que, más allá de las condiciones de las mujeres, se trataba de una norma acerca de la identidad de los egresados de la institución. En virtud de ello, se alegaba, la opción de asistir a esa escuela no debía estar disponible para las mujeres. De nuevo, se evidencia aquí dos modos en que pueden funcionar los estereotipos, o bien como generalizaciones que tienen la pretensión de describir los rasgos de un grupo, o bien como normas que tienen la pretensión de imponer roles a ciertos grupos de personas.

En definitiva, los casos apenas ilustrados exigían que la Corte determinara si detrás de una determinada norma general se escondía un estereotipo. Dado el modo en que evaluó cada uno de estos casos, la Corte parecer identificar como estereotipo un enunciado sobre los rasgos de un grupo (estereotipo como generalización). El análisis propuesto, busca mostrar que en esos casos está también presente otro modo de usar estereotipos, aunque la Corte no los identifique explícitamente, a saber, como normas que pretenden imponer un cierto rol a determinadas personas en cuanto pertenecen a un grupo social (estereotipo como norma social). Esta distinción se revela igualmente importante para elaborar criterios útiles en el ámbito del razonamiento probatorio. A ello está dedicada la siguiente sección.

3. Estereotipos y evaluación de la prueba

La Corte Suprema también ha comenzado, si bien con parsimonia, a advertir la posible incidencia de estereotipos en el razonamiento probatorio. En el año 2020 decidió un caso apoyándose en el dictamen del Procurador General que señaló explícitamente la incidencia de estereotipos en el razonamiento de los jueces. En ese caso se investigaba la denuncia por abuso sexual de una niña contra su padrastro. El Procurador sostuvo que la base a partir de la cual los jueces de la mayoría “sostuvieron que no estaba probado que la niña no hubiera mantenido relaciones sexuales con otra persona [...] constituye un mero estereotipo basado en el género y la edad, que además resulta contrario a la pauta internacional en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual según la cual las pruebas relativas a los antecedentes de la víctima en ese aspecto son en principio inadmisibles”¹⁴.

En su condena al razonamiento del tribunal, el Procurador añadió que: “sugirieron que la niña pudo haber mentido para no regresar a la casa de la madre debido a que allí el imputado la golpeaba, o por el deseo de quedarse con su padre porque con él estaba en mejores condiciones. Esas consideraciones [...] son resultado de una mera subjetividad de los jueces”.

Como señala el Procurador en su crítica, los jueces apoyaron sobre un estereotipo el razonamiento acerca de los hechos. Ahora bien, de las palabras del Procurador no queda claro el contenido de la objeción, i.e., por qué es ilegítimo apoyar el razonamiento sobre un estereotipo. Por lo tanto, tampoco resulta claro de qué manera sería posible impedir que ello suceda. El Procurador parece dar una pista de aquello que considera equivocado: se trata de

¹⁴ Procuración General de la Nación, “S., J.M.”, dictamen del 27 de febrero de 2018, donde se cita Corte IDH. *Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Sentencia del 19 de mayo de 2014, párr. 209. La Corte Suprema hizo suyos, “en lo pertinente”, los fundamentos y conclusiones de ese dictamen. CSJN, “S.”, sentencia del 4 de junio de 2020, Fallos: 343:354.

“una mera subjetividad”. Pero, ¿en qué consiste la crítica de “mera subjetividad”? ¿Siempre es el caso que un razonamiento apoyado en estereotipos es meramente subjetivo? O, más en general, la objeción contra el uso de estereotipos en el razonamiento probatorio, ¿es una contra aquello que es meramente subjetivo?

Desde mi punto de vista, la formulación que el Procurador hace de la crítica a los estereotipos es desafortunada, si bien no es completamente errada. Es desafortunada porque al usar el término “subjetividad” ignora un punto objetivo en el análisis de los estereotipos, a saber, si, en tanto generalizaciones, cuentan o no con apoyo estadístico. Este es un primer paso para determinar la corrección del razonamiento, que no depende de la subjetividad de los jueces. De todos modos, si bien creo que la cuestión de la sostenibilidad de un estereotipo es un buen modo de capturar la crítica contra su uso, creo que ello no captura completamente las intuiciones de quienes la formulan y que ese residuo tiene también cierto fundamento. Es por ello que, como decía, la expresión “mera subjetividad”, empleada por el Procurador como crítica a los estereotipos, no resulta completamente errada (si bien, claro, no captura el aspecto cognitivo apenas mencionado). No es completamente errada porque una de las funciones principales que los estereotipos desempeñan respecto de sus portadores es, no tanto ofrecer información, sino otorgarle cierta comodidad pseudoepistémica. Esto se traduce en que el portador suele ser un usuario pasivo del estereotipo, reticente a modificarlo frente a evidencia en contrario y propenso a confirmarlo sobre la base de la más mínima evidencia. Creo que la expresión “mera subjetividad” captura este lado del fenómeno, y evitar la incidencia de estereotipos en el razonamiento probatorio exige abordar también este costado “subjetivo”.

La posibilidad de que los estereotipos se filtren en el razonamiento que el juez ofrece para justificar la premisa fáctica de su decisión es alta, dado el papel inevitable que en ese contexto desempeñan las generalizaciones y dado el ya mencionado estrecho vínculo entre estereotipos y generalizaciones. Efectivamente, más allá de los diferentes modos en que los teóricos de la prueba reconstruyen el razonamiento probatorio, es pacífico reconocer el papel indispensable que desempeñan las generalizaciones en la justificación del paso de los datos probatorios a los enunciados acerca de los hechos a probar. Por ejemplo, Taruffo señala que “las generalizaciones son necesarias en cada paso del razonamiento sobre las pruebas y sobre los hechos, pues constituyen, en muchos casos, la premisa de las inferencias que conectan los datos probatorios con los hechos”.¹⁵ Para ilustrar el modo en que las generalizaciones inciden en cada paso del razonamiento probatorio me apoyaré en una forma bastante extendida de esquematizar ese razonamiento. En este sentido, Terence Anderson, David Schum y William Twining proponen concebir al razonamiento probatorio del siguiente modo:

Los argumentos [probatorios] están constituidos por pruebas, hipótesis, y enunciados llamados generalizaciones que justifican los enlaces entre la prueba y las hipótesis. Metafóricamente, un argumento es una cadena de razonamiento que va desde la prueba hasta la hipótesis. Los eslabones en estas cadenas corresponden a las etapas o los pasos del argumento. Cada eslabón plantea una fuente posible de duda o incerteza [...] Una hipótesis es una proposición que tiene que ser probada (un probandum). Las probanda [proposiciones a ser probadas] se presentan en diferentes niveles de un argumento. Un

¹⁵ Taruffo, M., *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 74.

probandum es siempre una proposición que, en principio, puede mostrarse como verdadera o falsa.¹⁶

Para comprender esta cita conviene, primero reemplazar el término “proposición” por el de “enunciado” que venimos usando. Segundo, conviene también retomar la forma estándar de una norma jurídica como un condicional, donde el antecedente es una clase de casos y el consecuente la solución normativa; por ejemplo: *Si homicidio entonces obligatorio pena de reclusión*. El antecedente determina los hechos que hay que probar para poder subsumir el caso bajo proceso dentro de la norma. Los hechos por probar estarán ciertamente descritos por un enunciado complejo, en el ejemplo: *causar intencionalmente la muerte de otra persona*, que Anderson Schum y Twining llaman *último probandum* o *probandum final*. “En los casos penales, por ejemplo, un *probandum* final incluye todas las condiciones que la fiscalía debe probar que son verdaderas más allá de toda duda razonable para justificar una condena”.¹⁷ Es decir, el enunciado o *probandum* final contiene todos los hechos que la norma jurídica ha indicado como relevantes para su aplicación. A los fines de la tarea probatoria, ese enunciado final ha de ser descompuesto en enunciados más simples. Siguiendo con el ejemplo: *realizar la acción de matar, tener la intención de matar, causar la muerte*. Esos enunciados más simples son los enunciados a probar, denominados por Anderson, Schum y Twining, *probanda penúltimas*.

Los enunciados a probar son entonces enunciados que describen los hechos más simples que, en conjunto, conforman el hecho que figura en el antecedente de la norma. La constatación de la verificación de esos hechos puede únicamente ser conseguida si se muestra que son verdaderos los enunciados que los describen. La búsqueda de la verdad, mediante métodos racionales, es entonces uno de los presupuestos indispensables para lograr la correcta aplicación del derecho sustantivo¹⁸.

Las generalizaciones funcionan como eslabones entre los elementos probatorios y los enunciados a probar, es decir, entre la prueba y los enunciados que describen los hechos a probar. Parafraseando un ejemplo de Anderson *et al.*, piénsese en el enunciado “El acusado se encontraba dentro de la casa cuando se produjo el homicidio a las 16 horas”. La prueba puede obtenerse a partir de los datos probatorios: “El testigo A dice haber visto entrar al acusado a las 15:50” y “El testigo B dice haber visto salir al acusado a las 16:10”, y la generalización, “Las personas que visitan un lugar suelen permanecer de corrido en él”.¹⁹

Y es precisamente en este traje de generalizaciones que los estereotipos pueden colarse en el razonamiento de la persona juzgadora, al momento de evaluar los distintos elementos probatorios producidos en la causa. Por ejemplo, en un informe de la Defensoría General de

¹⁶ Anderson, T. et al., *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 94. La elección de estos autores nada implica respecto de la viabilidad o superioridad de otras formas de modelizar el razonamiento probatorio. Por ejemplo, otros autores recurren al esquema de Toulmin para ofrecer un modelo del razonamiento probatorio. Véase González Lagier, D., *Quaestio Facti*, Fontamara, Ciudad de México, 2013.

¹⁷ Anderson, T. et al., op. cit., p. 94.

¹⁸ La prueba de la verdad de los enunciados probatorios es una exigencia fundamental de la justicia del procedimiento dentro de la tradición racionalista de la prueba. A diferencia de la tradición persuasiva, la tradición racionalista considera que la finalidad principal del proceso judicial es lograr la correcta aplicación del derecho sustantivo y, para ello, entre otras exigencias, es necesario que el juez aplique la consecuencia normativa si y sólo si se han verificado los hechos relevantes previstos por la norma. Sobre estos diferentes modos de concebir la actividad probatoria y su resultado puede verse Anderson, T. et al., op. cit., pp. 115-128, Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 62-66 y Taruffo, M., op. cit., pp. 114-122.

¹⁹ El ejemplo es una reformulación de uno propuesto por Anderson, T. et al., op. cit., pp. 131-132.

la Nación de Argentina, titulado *Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia penal y violencia de género*, las autoras señalan numerosos ejemplos de decisiones judiciales que atentaron contra los derechos de las víctimas de violencia de género, tanto respecto de la recolección adecuada de la prueba —falta de exhaustividad y traslado a la víctima del deber de investigar—, como respecto de la evaluación del propio testimonio de la víctima. Buena parte de los estereotipos en juego son generalizaciones acerca del comportamiento de las mujeres. En un caso en particular, y a pesar de que la víctima había solicitado no encontrarse frente a frente con el victimario, el Tribunal oral interviniente valoró negativamente la actitud que mantuvo la víctima durante el careo con el acusado, puesto que “escuchó a[l imputado] impasible” y “no lo contradijo” cuando este indicó que la víctima le había proporcionado un preservativo²⁰. El Tribunal se apoyó en un estereotipo acerca de cómo debería reaccionar una víctima de violación. Es decir, a partir del elemento probatorio constituido por lo que sucedió durante el careo entre víctima y acusado —la víctima “escuchó a[l imputado] impasible” y “no lo contradijo”— y recurriendo al estereotipo/generalización “las verdaderas víctimas de violación reaccionan y contradicen a su victimario cuando lo escuchan decir ciertas cosas”, concluyeron que la víctima mentía y que, por lo tanto, el enunciado/probandum penúltimo “el acto sexual no fue consentido” era falso.

En otro de los casos analizados aparece el denominado *estereotipo de la mujer estratégica*, según el cual “las mujeres efectúan falsas denuncias por hechos de violencia como medio para obtener algún fin, ‘la exclusión del marido del hogar’, ‘posicionarse en un juicio de divorcio’, para ‘perjudicar’, ‘vengarse’, o bien para ‘explicar una situación’”.²¹ Lo mismo parece ser el caso con el que las autoras denominan *estereotipo de la mujer honesta*, según el cual si una mujer se dedica a la prostitución o tiene una frondosa experiencia sexual —i. e., no es una mujer honesta—, es menos probable que sea víctima de un delito contra su integridad sexual. Por ejemplo, en uno de los casos, un juez afirma que “aun cuando no se considere la calidad de prostituta que muchos testigos atribuyeron a L. N. P. [...] lo cierto es que mal puede hablarse de inexperiencia sexual de la menor si presentaba desfloración de larga data [...] y ella misma admitió haber tenido relaciones sexuales el año anterior, aunque lo limitó a una sola vez”.²²

La misma reconstrucción puede hacerse a partir del resto de estereotipos identificados por las autoras: *estereotipo de la mujer mendaz* —se trata, en realidad, de un abanico de estereotipos que atribuyen a ciertas categorías de mujeres la tendencia a mentir—,²³ *estereotipos de la mujer co-responsable* —que concibe “la violencia como una manifestación de conflictos o disfuncionalidad de pareja, en lugar de considerarla como una violación de derechos de la víctima que manifiesta la desigualdad estructural entre hombres y mujeres”—²⁴ o el *estereotipo de la mujer fabuladora* —proveniente de asociar el carácter de la mujer con los rasgos de irracionalidad y locura o emoción y, por lo tanto, como tendiente a deformar o exagerar la realidad—.²⁵

²⁰ Asensio, R. et al., *Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia penal y violencia de género*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2010, p. 93. La decisión mencionada es la sentencia del 9 de noviembre de 2007 del Tribunal Oral en lo Criminal núm. 26.

²¹ Asensio, R. et al., op. cit., p. 106. Las autoras usan la etiqueta “estereotipo de la mujer instrumental”.

²² Asensio, R. et al., op. cit., p. 97.

²³ Asensio, R. et al., op. cit., pp. 103-105.

²⁴ Asensio, R. et al., op. cit., p. 109.

²⁵ Asensio, R. et al., op. cit., p. 110.

Estos estereotipos, y otros más específicos identificados por las autoras, son expresión de uno más genérico acerca de la confiabilidad de una mujer como testigo. Kathy Mack, por ejemplo, señala que “el primer elemento en la falta de creencia en una mujer como testigo tiene que ver con la expectativa social general acerca de cómo debería sonar un hablante creíble: como un hombre”.²⁶

El objetivo de conocer la verdad se puede ver afectado por generalizaciones problemáticas acerca de grupos sociales, pero existe también el riesgo de que normas acerca de los roles que deberían asumir los miembros de ciertos grupos distorsionen ese proceso. El problema central con los estereotipos es que, cuando son (descriptivos, pero) insostenibles o (normativos, pero) opresivos, distorsionan la percepción de la realidad por parte de su portador y terminan incidiendo negativamente en la finalidad de alcanzar la verdad.

El efecto más peligroso que pueden tener los estereotipos normativos es invertir la finalidad del procedimiento probatorio. Me refiero a la posibilidad de que quien defienda un estereotipo normativo termine por abandonar la empresa epistémica, limitándose a reprobar el comportamiento de quien no se ajusta al estereotipo normativo y construir los hechos de manera tal que haga posible infligir algún tipo de castigo. Por ejemplo, en el caso del estereotipo de la mujer honesta, frente a una víctima que no se ajuste a ese estereotipo, *i. e.*, que no se comporte según las exigencias del rol de mujer honesta, una reacción posible de quien tiene que averiguar los hechos es, en lugar de procurar obtener evidencia acerca de cómo sucedieron, descartar la comisión de un delito como modo de expresar su desaprobación frente al comportamiento de la mujer. Para ponerlo en términos filosóficos, un estereotipo normativo puede alterar la dirección de ajuste en el proceso probatorio. Es decir, en lugar de que los elementos de prueba estén destinados a probar si el hecho delictivo tuvo lugar y, sobre esa base, determinar si una norma penal es aplicable o no, se lleva a cabo el recorrido inverso: se parte de una norma sobre la sexualidad de las mujeres y se construyen los hechos de manera tal que, quien no se ajuste a ese estereotipo resulte de algún modo sancionada. Por lo que el primer paso para evitar la incidencia de estereotipos normativos en el razonamiento probatorio es impedir que inviertan de ese modo la empresa epistémica²⁷.

Una vez advertido que, en ese contexto, la finalidad es descubrir cómo sucedieron los hechos y no cómo deberían haber sucedido, para que una norma acerca de los roles de ciertas personas tenga fuerza —al menos indiciaria— como elemento de prueba acerca de que una persona se adecúa al rol, es necesario que esos estereotipos reflejen normas sociales. En otras palabras, en ausencia de otra información, la probabilidad de que la acción en correspondencia con la norma se produzca depende de que se trate de un estereotipo aceptado no solo por la comunidad a la que pertenece la persona a la cual se atribuye haber seguido o no el estereotipo, sino también por la persona misma. De otro modo, si no se tratara de una norma social, para cuya existencia es necesaria la regularidad de comportamiento por parte del grupo relevante, no habría mayores elementos para sostener la expectativa acerca del

²⁶ Mack, K., "Continuing Barriers to Women's Credibility: A Feminist Perspective on the Proof Process", en *DCriminal Law Forum*, Vol. 4, Num. 2, 1993, p. 331.

²⁷ Este impacto de los estereotipos normativos sobre la percepción de los hechos es señalada, si bien en el contexto de las relaciones laborales, por Burgess y Borgida en el trabajo citado en el capítulo anterior: “las mujeres que violan las prescripciones acerca de roles de género pueden experimentar discriminación consistente tanto en una baja consideración a partir de criterios interpersonales, como en una evaluación negativa global producto de un sentimiento general de disgusto” Burgess, D. y Borgida, E., "Who Women Are, Who Women Should Be. Descriptive and Prescriptive Gender Stereotyping in Sex Discrimination", en *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 5, Num. 3, 1999, p. 682.

comportamiento de la persona en cuestión. Es decir, los jueces deberían probar que el estereotipo normativo usado para comprender el comportamiento de la mujer es una norma social en la comunidad a la que ella pertenece y que además ella misma la acepta. Si ello no es así, el juicio probatorio se apoyaría sobre la expectativa de que la mujer se conforma a una norma inexistente o externa a su grupo social o que no acepta. Si el estereotipo al que apelan los jueces no es una norma social dentro de la comunidad a la que pertenece la testigo —o si los jueces no hacen ningún esfuerzo por demostrarlo—, entonces el enunciado deja de ser probatorio y se transforma en lisa y llana crítica ideológica a su comportamiento. Lo cual vuela opresivo al estereotipo normativo.

Por otro lado, volviendo a los estereotipos descriptivos, la cuestión central ahora es determinar por qué, a pesar de funcionar como generalizaciones, vuelven ilegítimo ese razonamiento. Dicho con otras palabras, dado que las generalizaciones son indispensables, resulta imperativo precisar por qué es ilegítimo apoyar el razonamiento probatorio sobre un estereotipo.

Una primera respuesta podría ser que las generalizaciones cumplen el papel fundamental que se les atribuye si, y solo si, cuentan con apoyo estadístico, i.e., si son sostenibles²⁸, y, por lo tanto, asocian a los miembros de un grupo una característica que efectivamente poseen según los datos disponibles. En caso contrario, por un lado, la ausencia de apoyo estadístico alcanza para mostrar que la generalización es insostenible, y, por otro lado, la presencia de información estadística contraria alcanza para mostrar que la generalización es falsa. Si el razonamiento se basa en generalizaciones falsas o insostenibles, resultará infundado. En consecuencia, tanto los estereotipos falsos como los estereotipos insostenibles carecen de importe cognitivo, es decir, no ofrecen conocimiento acerca del grupo social ni de sus miembros, ya que tanto la verdad como la justificación son condiciones necesarias del conocimiento.

Sin embargo, en el contexto del razonamiento probatorio se esgrimen argumentos adicionales en contra de la exigencia de medir la sostenibilidad de las generalizaciones usadas. Suele alegarse, primero, que muchas veces consideramos legítimo usar generalizaciones sin exigir la prueba del apoyo estadístico en cada caso. Segundo, se alega que incluso si tal información se encontrara disponible, sería “bastante poco realista” exigir que se acompañe evidencia del apoyo estadístico de todas las generalizaciones empleadas en el razonamiento probatorio, pues ello llevaría a un regreso al infinito. Así, la generalización según la cual los alimentos con la etiqueta “sin TACC” no poseen gluten, se apoya en una generalización relativa a los controles del ente regulador sobre los procesos de producción de esos alimentos, que, a su vez, se apoya en una generalización acerca de la corrección de los métodos empleados para testear la presencia de gluten, y así sucesivamente. Tercero, que hay generalizaciones, indispensables para avanzar en el razonamiento, respecto de las cuales no tendría siquiera sentido exigir apoyo estadístico, como la referida al tiempo de permanencia en una casa.²⁹ Las generalizaciones de este tipo “son tan ampliamente conocidas o creídas en la comunidad respectiva que simplemente aparecerán en argumentos sin una petición formal de que sean notadas [...] son aceptadas, en buena medida, como indisputables

²⁸ Un análisis detallado de los criterios para tener por sostenible —o válida, en su terminología— una generalización puede verse en Limardo, A., "Repensando las máximas de experiencia", en *Quaestio facti*, Vol. 2, 2021.

²⁹ Véase Anderson, T. et al., op. cit., p. 329.

en el momento y en el lugar del juicio”.³⁰ Es por ello que estos autores, si bien introducen criterios para el control de las generalizaciones, terminan sugiriendo un argumento del tipo “es lo que hay”, en cuanto “en contextos jurídicos, la confianza en generalizaciones que se encuentran muy por debajo de la certeza es un aspecto inevitable incluso respecto del caso más fuerte”.³¹

De todos modos, a pesar de estas consideraciones algo pesimistas acerca de la posibilidad de controlar la sostenibilidad de las generalizaciones, creo que es posible avanzar en algunos criterios. En primer lugar, vale la pena señalar, corriendo el riesgo del juego de palabras, que las afirmaciones anteriores, acerca de las dificultades para controlar las generalizaciones, no son sino otras generalizaciones. Es decir, es cierto que no es posible controlar todas las generalizaciones al mismo tiempo, pero de ello no se sigue que ninguna pueda serlo. Es cierto que el control estadístico no puede emplearse respecto de todas ellas, pero de eso no se sigue que ningún estereotipo admita ese tipo de control. También es cierto que no es posible exigir evidencia del apoyo estadístico de todas las generalizaciones, pero ello no quiere decir que no sea posible exigirlo de algunas de ellas, en particular, cuando se trata de estereotipos respecto de cuya corrección o incorrección existe información. Por último, si bien es cierto que hay generalizaciones que funcionan por el simple hecho de pertenecer a lo que los autores llaman “acervo de conocimiento común”, esto no quiere decir que todas las que pertenezcan a ese acervo son legítimas por el hecho de pertenecer a él; en particular, porque —como bien reconocen los mismos autores— “la existencia de un consenso cognitivo transversal de género no puede siempre asumirse sobre materias tales como violencia doméstica, violación, igualdad de salarios, o de manera más general”.³² Lo mismo podría decirse acerca de la existencia de consensos transversales sobre otras cuestiones controvertidas que involucran otros grupos discriminados.

En otras palabras, dada la alta probabilidad de que generalizaciones acerca de determinados grupos sean producto de un trasfondo de asunciones que reflejan la historia de discriminación, en los casos en que generalizaciones acerca de esos grupos sean usadas para apoyar el razonamiento probatorio, como en los ejemplos de la Defensoría, se impone exigir un control estricto sobre su sostenibilidad. Este control implica, primero, que quien pretenda apoyar el razonamiento probatorio en un estereotipo soporta la carga de mostrar la sostenibilidad de la generalización, es decir, debe ofrecer evidencia empírica que demuestre la corrección estadística del estereotipo. Como consecuencia de ello, no son sostenibles estereotipos apoyados únicamente en la “psicología de la calle”, tales como los referidos a la “víctima ideal”. Segundo, deben ofrecerse buenas razones para descartar otras generalizaciones que pueden igualmente apoyar los datos disponibles y que lleven a conclusiones opuestas.

Estas consideraciones alcanzarían para identificar por qué es ilegítimo el razonamiento en el ejemplo mencionado más arriba relativo a la credibilidad de la víctima de abuso sexual. Las generalizaciones en cuestión son, por lo tanto, cuando menos insostenibles, ya que en ningún caso se ofreció evidencia acerca de su corrección. Incluso más: la generalización usada por el tribunal respecto del comportamiento de la víctima frente a su agresor es falsa, según los resultados de investigaciones psicológicas, pues “las mujeres abusadas exhiben muchas de las características asociadas con los mentirosos —dudan, cambian sus historias,

³⁰ Anderson, T. et al., op. cit., p. 331.

³¹ Anderson, T. et al., op. cit., p. 142.

³² Anderson, T. et al., op. cit., p. 335.

procrastinan denunciar el hecho, y parecen equivocadas en virtud de autoinculparse— [...] Esta desconfianza respecto de narraciones demoradas o revisadas indica el enfoque judicial hacia la verdad, como ‘singular, inmediatamente reconocible, y permanente’”.³³

Ahora bien, incluso si este análisis en términos de la sostenibilidad estadística de los estereotipos, en cuanto generalizaciones, captura una forma central de la distorsión que los estereotipos pueden producir en el razonamiento probatorio, pienso también que no logra dar cuenta de otras formas de incidencia igualmente negativas. Estas formas provienen del hecho de que los estereotipos no suelen originarse en investigaciones serias acerca de los rasgos de un grupo. Los portadores no se han tomado ningún trabajo en corroborarlos, ni están tampoco interesados en hacerlo. Es decir, se despreocupan por conocer los rasgos concretos, individuales, de las personas estereotipadas, sino que prefieren apoyarse en la comodidad de la generalización. Por ello —y creo que este es el aspecto más importante— a pesar de que las generalizaciones son inevitables y de que —si se apoyan en datos empíricos— tienen importe cognitivo, la historia de discriminación sufrida por algunos grupos impone que, incluso frente a estereotipos sostenibles, se privilegie la información individual.

La Suprema Corte de Justicia mexicana se ha pronunciado en sentido similar en algunas de sus decisiones. Por ejemplo, en el Amparo en Revisión 910/2016, donde debía revisar la constitucionalidad del procedimiento a través del cual se decidió el otorgamiento de la guarda de una menor al padre, en detrimento de la madre. En ese caso, estaban en juego distintos estereotipos de género, pero el punto que interesa aquí es la crítica que la Suprema Corte formuló contra la decisión. La Suprema Corte señaló que la decisión se apoyó en una generalización según la cual las personas con ciertos problemas de salud —principalmente trastornos alimentarios— no están en condiciones de criar adecuadamente a sus hijos. En efecto, sobre la base de esa generalización, se tuvo por acreditado que la madre, en cuanto sufría de esos trastornos, no estaba en condiciones de asumir la guarda. De acuerdo con la Suprema Corte este razonamiento fallaba en varios sentidos. Primero, la generalización no había sido apoyada en evidencia estadística. Pero segundo, y de manera central aquí, la Suprema Corte indicó que

en estos casos, el juzgador debe ser especialmente escrupuloso en el análisis de las circunstancias que rodean el asunto, de modo que, con base en pruebas técnicas o científicas, se evidencie que la condición de salud tiene un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del menor. Pero esa situación, como lo ha expresado en otras ocasiones esta Sala, debe ser probada y no especulativa o imaginaria, valorando cada situación en particular para que, con base en los méritos de las circunstancias, se determine lo que ha de regir en el caso concreto.³⁴

Es decir, que incluso si la generalización acerca de las personas con problemas de salud fuese sostenible, en estos casos, deben identificarse con precisión los rasgos individuales de la persona involucrada³⁵

Esto, como vimos, no quiere decir que toda generalización pueda ser dejada de lado cuando se procura obtener información individual; hay un sentido en que al menos *algunas*

³³ Orenstein, A., "Feminism and Evidence", en Taylor, B., Rush, S. et al. (coords.), *Feminist Jurisprudence, Women and the Law. Critical Essays, Research Agenda, and Bibliography*, Fred B. Rothman & co., Littleton, 1998, pp. 514-515.

³⁴ Suprema Corte de Justicia de México, Amparo en Revisión 910/2016, párr. 106.

³⁵ Como subraya la misma Corte, tratándose de un caso referido a la guarda y custodia de una menor de edad, la generalización acerca de las personas con problemas de salud no solo producía un efecto discriminatorio en perjuicio de la madre, sino que además no permitía proteger adecuadamente el interés superior de la niña.

generalizaciones siguen funcionando. En el caso de la salud de la madre, seguirán usándose ya sea generalizaciones como garantías para llevar adelante pruebas o *tests* que permitan establecer los alcances de su problema de salud, ya sea generalizaciones acerca de en qué condiciones su particular condición de salud puede constituir un riesgo para el bienestar de la menor. Por lo que el modo de interpretar la exigencia de que la corrección de *una* generalización —*i. e.* el estereotipo— sea verificada en el caso individual es que se recurra a la información que podemos obtener a través de la interacción directa con la persona en cuestión. Y, si es indispensable recurrir a generalizaciones como soporte, entonces que se identifique el mayor número posible de generalizaciones, cada vez menos abstractas, aplicables al individuo en cuestión.

4. Conclusiones

Tal como anticipé, he intentado en este trabajo ofrecer una mirada de conjunto sobre las sentencias de la Corte Suprema donde explícitamente se abordan cuestiones relacionadas con la incidencia de estereotipos tanto en la formulación de normas y la configuración de ciertas prácticas, como en el razonamiento judicial mismo, paradigmáticamente, aquel que tiene por finalidad la determinación de los hechos. El objetivo de este recorrido fue, sobre todo, precisar el contenido de la crítica dirigida contra el uso de estereotipos y sus efectos perjudiciales. Ello resulta indispensable para diseñar herramientas analíticas adecuadas a fin de identificar estereotipos e impedir que produzcan esos efectos perjudiciales.

La idea central es entonces que los estereotipos pueden ser usados en al menos dos modos diferentes. En algunas ocasiones funcionan como generalizaciones acerca de los rasgos de determinados grupos. En otras ocasiones funcionan como normas acerca de los roles que deben asumir los miembros de determinado grupo. Esta distinción es importante, pues la incidencia en el razonamiento probatorio es diferente según cómo sea usado un estereotipo. Cuando se trata de estereotipos normativos el riesgo principal es el de la inversión de la dirección de ajuste. En el sentido que si una persona no se adecua al estereotipo, si quien debe reconstruir los hechos es portador del estereotipos tenderá a deformar los hechos para, o bien hacer que la conducta se adecue al estereotipos o bien para castigar a quien se ha apartado del mismo. Por otro lado, los estereotipos, en su dimensión descriptiva, funcionan como generalizaciones y, por lo tanto, pueden desempeñar el rol que inevitablemente estas últimas tienen en el razonamiento probatorio. Esto es, como eslabones que permiten encadenar datos probatorios con los enunciados que describen los hechos por probar. Que puedan desempeñar ese rol no quiere decir, obviamente, que siempre consigan hacerlo de manera adecuada. Ello depende, como para toda generalización, de que cuenten con apoyo estadístico, es decir, que sean sostenibles. De todos modos, mientras perduren los efectos dañinos que históricamente produjeron algunos estereotipos en perjuicio de ciertos grupos, la exigencia de control de las generalizaciones ha de ser más exigente, a pesar de las dificultades que ello pueda acarrear y del hecho de que, de todos modos, siempre ha de presuponerse alguna generalización. Que sea más exigente quiere decir que el control de sostenibilidad debe ser estricto: quien use el estereotipo debe ofrecer evidencia de su sostenibilidad, demostrar que no hay generalizaciones en competencia que sean igualmente aplicables y, por último, debe corroborar la generalización con información individual, *i. e.*, obtenida sobre la base de la interacción directa.

5. Bibliografía

- Anderson, T., et al., *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- Arena, F.J., "Acerca de la relevancia de las investigaciones sobre sesgos implícitos para el control de la decisión judicial", en Arena, F. J., et al. (coords.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021a, pág. 157-186.
- Arena, F.J., "Autonomía personal, identidad y estereotipos normativos. Acerca del alcance del art. 19", en Gargarella, R., et al. (coords.), *Acciones privadas y constitución. La autonomía personal en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021b
- Arena, F.J., *Los estereotipos detrás de las normas*, Toledo, Córdoba, 2022.
- Asensio, R., et al., *Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia penal y violencia de género*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2010.
- Burgess, D. y Borgida, E., "Who Women Are, Who Women Should Be. Descriptive and Prescriptive Gender Stereotyping in Sex Discrimination", en *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 5, Num. 3, 1999, pág. 665-692.
- Cardoso Onofre de Alencar, E., "Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Eunomia*, Vol. 9, 2016, pág. 26-48.
- Cook, R.J. y Cusack, S., *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Bogotá, 2010.
- Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- García-Carpintero, M., *Las palabras, las ideas y las cosas: una presentación de la filosofía del lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Ghidoni, E. y Morondo Taramundi, D., "El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio", en *Discusiones*, Vol. 28, Num. 1, 2022
- González Lagier, D., *Quaestio Facti*, Fontamara, Ciudad de México, 2013.
- Limardo, A., "Repensando las máximas de experiencia", en *Quaestio facti*, Vol. 2, 2021, pág. 115-153.
- Mack, K., "Continuing Barriers to Women's Credibility: A Feminist Perspective on the Proof Process", en *DCriminal Law Forum*, Vol. 4, Num. 2, 1993, pág. 327-353.
- Orenstein, A., "Feminism and Evidence", en Taylor, B., et al. (coords.), *Feminist Jurisprudence, Women and the Law. Critical Essays, Research Agenda, and Bibliography*, Fred B. Rothman & co., Littleton, 1998, pág. 509-539.
- Páez, A., "Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales", en Arena, F. J., et al. (coords.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pág. 187-221.
- Saba, R., "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, R. (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 695-742.
- Taruffo, M., *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Timmer, A., "Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights", en *Human Rights Law Review*, Vol. 11, Num. 4, 2011, pág. 707-738.
- Timmer, A., "Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law", en *American Journal of Comparative Law*, Vol. 63, Num. 1, 2015, pág. 239-284.
- Undurraga, V., "Gender Stereotyping in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights", en Brems, E. y Timmer, A. (coords.), *Stereotypes and Human Rights Law*, Intersentia, Cambridge, 2016, pág. 67-94.
- Zaldívar, A., et al., *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2020.