

juez.⁵²; “[...] las apelaciones a la monstruosidad y a la repugnancia del delito del criminal distancian al jurado del acusado, al pedirle que lo vea absolutamente como un ‘otro’. Tales apelaciones pueden entrar en colusión con prejuicios previos de modo infortunado, alentando la demanda de un castigo extremo”.

- C. La repugnancia impulsa a dudar de la capacidad mental del individuo. Esta dificultad se vincula de manera directa con el contenido cognitivo de la repugnancia ya que coloca al objeto de la repugnancia a la distancia y traza un límite. “Le imputa al objeto ciertas propiedades que hacen que ya no sea miembro de la propia comunidad o mundo del sujeto, sino una especie de cosa extraña [...] A menudo nos decimos que los que perpetran horribles males son monstruosos, que no se parecen a nosotros en ningún sentido”.⁵³

En definitiva, mientras más odioso o repugnante nos parezca el hecho más difícil es identificar al imputado como un agente que merezca las sanciones identificadas para personas responsables.

Este breve análisis de la naturaleza de la repugnancia tenía por objeto ayudarnos a comprender las bases emocionales que determinan nuestra reacción frente a determinados hechos. Dado que, en el derecho penal contemporáneo, el castigo tiene que ser una función de aquello que efectivamente hace el agente, ahora estamos en mejores condiciones para abordar el modo en que nuestras emociones exigen una transferencia desde aquello que nos parece odioso a aquello que se hace “por odio”.

IV. Emociones y estereotipos

Como hemos visto anteriormente, las emociones inciden en nuestro comportamiento. Ellas se conectan de manera interna con nuestros deseos y nos proporcionan

⁵² *Id.*

⁵³ *Ibid.*, p. 196.

razones —aunque no siempre sean buenas razones— para nuestras acciones. Pero, al margen de esta conexión directa entre emociones y *determinantes internos* de las acciones, las emociones inciden de diversa manera en la formación y reproducción de los estereotipos, que pueden ser vistos como *determinantes externos* de nuestra conducta.

Sin duda, las emociones promueven ciertas generalizaciones que cristalizan una determinada forma de representar —acertada o erróneamente— la realidad. Por ejemplo, la *repugnancia* estaba en la base de la propaganda nazi para presentar a los judíos como seres blandos, pegajosos, receptivos de fluidos y afeminados, o como seres a medio camino entre animales y humanos.⁵⁴ A su vez, la conexión entre emociones y estereotipos se manifiesta en el modo en que evaluamos a ciertas personas. Así, ciertas acciones nos repugnan tanto, que catalogamos a quienes las realizaron como seres distintos a nosotros —“monstruos”, “bestias”, “animales”—. Por ejemplo, Juan Carlos Hernández Bejar y Patricia Martínez Bernal fueron llamados por la prensa los “monstruos de Ecatepec” cuando se descubrió que habían cometido homicidios —incluido el de una niña de 10 años— y que además no solo les infligían a sus víctimas tormentos abrumadores —violaciones, mutilaciones, etcétera— sino que también ocasionalmente incurrían en prácticas caníbales.

¿En qué medida está justificado atribuir responsabilidad penal cuando nuestras emociones se entrelazan con los estereotipos? Aquí solo esbozaré un esquema de respuesta a esta interrogante. La idea que sostendré es que incluso en aquella versión en la que se puede rescatar aspectos positivos de esta especie de generalizaciones, su incorporación en una decisión judicial es problemática. Defenderé la idea de que, quienes juzgan en ningún caso estarán autorizados a utilizar estereotipos, incluso cuando ellos se apoyen en una base estadística o sean “estereotipos sostenibles”.⁵⁵

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 130-138.

⁵⁵ V. para un desarrollo del vocabulario y discusión general sobre el tema, Arena, “La domesticación de los estereotipos. Algunas consideraciones sobre su incidencia en el razonamiento probatorio”, en *Pensar la Prueba*, pp. 23-50; Arena, “Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los

Siguiendo a Federico Arena, es necesario distinguir entre estereotipos normativos y descriptivos.⁵⁶ En gran medida, la distinción entre ambas categorías depende del modo en que se articula la relación entre el lenguaje y el mundo. En un famoso ensayo, Anscombe señala que la diferente “dirección de ajuste” entre mundo y lenguaje es crucial para comprender qué distingue a las normas de las descripciones.⁵⁷ Al respecto, Moreso y Vilajosana señalan que

[...] las aserciones tienen una dirección de ajuste *palabra-a-mundo*, las prescripciones tienen una dirección de ajuste *mundo-a-palabra*. Tal vez así se comprenda que las aserciones puedan expresar el contenido de *creencias*, mientras las prescripciones expresan el contenido de *deseos*. Expresar el contenido de una creencia es un requisito para que una emisión lingüística sea apta para la verdad. El contenido de un deseo, por el contrario, no trata de representar cómo es el mundo, sino cómo debe ser el mundo. En este sentido, mientras las aserciones son aptas para ser verdaderas o falsas, las prescripciones están en condiciones de ser eficaces o ineficaces: eficaces si el mundo llega a ser de la manera que ellas establecen o ineficaces en el caso contrario.⁵⁸

Conforme a esta idea, el componente normativo de ciertos estereotipos se muestra en el ajuste que se pretende en la atribución de una determinada categoría. En este caso, la “dirección de ajuste” va desde el grupo social al estereotipo. Es decir, los individuos *deben* ajustar su comportamiento para incorporarse a un determinado estereotipo que le corresponde.⁵⁹

Los *estereotipos normativos* establecen pautas, más o menos rígidas, acerca del papel —rol— que una determinada categoría de personas deben asumir.⁶⁰ El estereotipo normativo, además de incluir a los individuos en una categoría, le asocia

estereotipos”, en *Derecho y Control*; Arena, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, pp. 51-75.

⁵⁶ V. los títulos de Arena mencionados en la n. 55, para el desarrollo de las nociones que se desarrollan a continuación.

⁵⁷ V. Anscombe, *Intención*.

⁵⁸ Moreso y Villasajona, *Introducción a la teoría del derecho*, pp. 64-65.

⁵⁹ Cf. Arena, “Los estereotipos...cit”.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 64.

ciertos papeles o pautas que los individuos pertenecientes a la clase deben cumplir.

Estos estereotipos poseen dos características. Ellos son convencionales y constitutivos.⁶¹ Estos estereotipos, cuando son internamente aceptados por los miembros del grupo, ayudan a determinar la identidad del grupo. En este caso, la actitud crítico-reflexiva de los miembros de la comunidad muestra un modo de reconocer que un grupo de individuos *cuenta como* —pertenecen a— una determinada clase. Desde un punto de vista convencional, nadie cuenta “realmente” como miembro de un determinado grupo si no reúne las características que señala el estereotipo. Quienes se apartan de ese estándar no son vistos como desobedientes sino como “ajenos” a esa comunidad.

Es necesario destacar, que al igual que ocurre con cualquier pauta social, los estereotipos pueden verse no solo desde un aspecto interno, que se produce cuando los participantes de la práctica aceptan las reglas que constituyen y reproducen el estereotipo. Más bien, un estereotipo normativo puede ser opresivo en dos sentidos: el primero, en sentido externo, “cuando se intenta imponer a un grupo un estereotipo externamente convencional”.⁶² Un ejemplo de este tipo de opresión es la noción de que: “las mujeres deben hacerse cargo del hogar”; pero puede ocurrir que una cierta persona, llamémosle Flavia, que se identifica como mujer no quiere hacerse cargo de las tareas domésticas. Por eso su comportamiento es identificado como “desajustado” dada su pertenencia al grupo de las mujeres y, en segundo lugar, en sentido interno, es opresivo “cuando se intenta imponer a un individuo, miembro del grupo, un estereotipo internamente convencional”. En la medida en que el estereotipo impone un papel a desempeñar, los miembros del grupo asumen esa función y obtienen en su participación una “recompensa”, pero los fracasos en el desempeño de un papel —rol— tienen consecuencias desagradables, que *determinan* a cumplir la función. Pueden tener esa fuerza incluso frente a —o en contra de— otras motivaciones independientes del agente. Así, como recuerda Von Wright,

⁶¹ No elaboraré estas categorías, para ello Cf. ,el desarrollo de Arena, *op. cit.*

⁶² *Ibid.*, p. 72.

[...] un componente esencial de este enfoque es que los roles cuenten con un aura de presión normativa, que cuando sea preciso, haga a la gente cumplir con su papel – quizá un tanto “contra su voluntad”, pero aun así de acuerdo con sus deseos, no sea que a uno le caiga encima algo desagradable.⁶³

En conclusión: “El problema con los estereotipos se presenta entonces cuando imponen una elección normativa identitaria a un grupo o a un individuo que la resiste, afectado así su propia identidad o autonomía”.⁶⁴ Los denominados *estereotipos descriptivos* pretenden ofrecer cierta información acerca del mundo y atribuyen ciertas propiedades a un determinado grupo. La dirección de ajuste en este caso va desde el estereotipo al grupo; es decir, el estereotipo sería falso si es que la característica atribuida no se verifica en el grupo estereotipado, aunque ello no quiere decir que todos los miembros del grupo la posean —o la posean en igual grado—. En palabras de Arena: “Desde el punto de vista cognitivo, aun cuando el estereotipo sea correcto respecto del grupo, no tiene sentido mantenerlo frente a un individuo que demuestra no satisfacerlo, salvo que tengamos otras razones para dudar de nuestra capacidad perceptiva actual”.⁶⁵

Parece claro que se puede distinguir entre una dirección de ajuste general y otra individual de los estereotipos. La general se refiere al estereotipo respecto del grupo y la individual apunta a la corrección que existe entre la utilización del estereotipo y la persona individual que pertenece a la clase asociada al estereotipo. En el caso de que no se dé la primera, dirección de ajuste, presiona para abandonar la utilización del estereotipo y en caso de que no se dé la segunda, dirección de ajuste individual, surge una presiona para que abandonemos la utilización del mismo sobre el sujeto particular.⁶⁶

Así los estereotipos descriptivos pueden evaluarse conforme a si tienen o no tienen apoyo estadístico. Si hay datos estadísticos que refutan el estereotipo o que no

⁶³ Von Wright, “Determinism and the Study of Man”, en *Philosophical papers of Georg Henrik von Wright*, p.48.

⁶⁴ Arena, “Los estereotipos...cit”, p. 72.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 58.

⁶⁶ *Id.*

tienen apoyo estadístico pueden considerarse *falsos*; o se consideran insostenibles cuando no existen datos estadísticos para evaluar la verosimilitud del estereotipo. Por otro lado, un estereotipo puede considerarse sostenible cuando existe un apoyo estadístico que asocia a los miembros de un grupo una determinada característica que efectivamente posee, aunque haya algunos miembros del grupo que no posean la característica.⁶⁷

Ahora, analizaré un caso de gran relevancia en Argentina, con las herramientas dadas por la caracterización de los estereotipos en general y la emoción de la repugnancia como factor de presión para la utilización del estereotipo.⁶⁸

V. La presión de lo odioso sobre el odio

En esta sección sostendré que para una correcta aplicación de la agravante por odio no basta que un delito sea odioso —es decir, que la comunidad o las personas que juzgan reaccionen con repugnancia— sino que es preciso dar primacía a los estados mentales que determinaron la conducta del agente.⁶⁹

Para ejemplificar este riesgo de deslizarnos desde los delitos odiosos a los delitos por odio utilizaré un caso importante en Argentina, el llamado *Caso Sacayán*. Este caso es trascendente, entre otras cosas, porque reunió un amplio conjunto

⁶⁷ *Id.* El problema de utilizar estereotipos sostenibles como fundamento de las decisiones judiciales posee el mismo problema de la prueba estadística. Los grandes problemas (aunque no los únicos) de este tipo de razonamiento para las decisiones judiciales son lo que se llama la clase de referencia; es decir para tomar una decisión un cierto caso o individuo se puede caer bajo diversas clases de referencias, por ejemplo, el de ser una mujer travesti, o el de ser militante o ser una persona nacida en provincia de Buenos Aires y la “*naked statistics evidence*”. Para una reconstrucción de los problemas vinculados a la prueba estadística, Cf. <https://plato.stanford.edu/entries/legal-probabilism/>; Enoch *et al.*, “Statistical evidence, sensitivity, and the legal value of knowledge”, en *Philosophy & Public Affairs*, pp. 197-224; Enoch y Fisher, “Sense and sensitivity: Epistemic and instrumental approaches to statistical evidence”, en *Stanford Law Review*, pp. 557-611.

Un estereotipo sostenible apuntala en el mejor de los casos que una persona que posee tal característica tiene una x probabilidad de que posea también la otra característica asociada al estereotipo.

⁶⁸ El mismo ejercicio podría trasladarse a otros casos en diferentes lugares.

⁶⁹ Creo que también es una razón para que el legislador escoja un sistema donde los estados mentales son relevantes. Sin embargo, no argumentaré aquí sobre este punto. Para ello, V. Manrique, “Delitos...*cit*”.