



# Justicia con Perspectiva de Género

2021 • 1







2020-2021. Poder Judicial de Chile

Diseño: Gráfica Metropolitana

[contacto@graficametropolitana.cl](mailto:contacto@graficametropolitana.cl)

Edición: Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no  
Discriminación de la Corte Suprema

# Contenidos

## PÁGINA 07

### DISCURSOS

#### PÁGINA 07

Clase Magistral: Enfoque de género en el acceso a la justicia

#### PÁGINA 31

“Juzgando con perspectiva de género”  
Ponencia “Género y Poder Punitivo”

## PÁGINA 49

### INFORMES

#### PÁGINA 49

Igualdad, no discriminación y género en el derecho internacional de los derechos humanos

#### PÁGINA 117

Teoría y método para el estudio del razonamiento y comportamiento judicial con perspectiva de género



# Presentación

En el marco de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial, particularmente de su eje de Capacitación, cuyo objetivo es contribuir a la difusión, sensibilización y socialización de las temáticas de igualdad y no discriminación y de inclusión de la perspectiva de género, entre quienes integran el Poder Judicial, con el fin de garantizar el acceso efectivo a la justicia, ponemos a disposición de toda la comunidad judicial el primer número de esta publicación, denominada “Justicia con perspectiva de género”, que tiene por objetivo promover la reflexión y análisis sobre la incorporación de la perspectiva de género y derechos humanos en la administración de justicia.

Este primer número se compone de una serie de documentos elaborados en el marco de proyectos y acciones desarrollados tanto por la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación como por la ministra de la Corte Suprema encargada de los asuntos de género, Andrea Muñoz Sánchez. Dos de ellos, que conforman la primera sección, corresponden a discursos pronunciados en actividades a las que el Poder Judicial de Chile fue invitado a reflexionar sobre la incorporación del enfoque de género en la administración de justicia; posteriormente, en la segunda sección se incorporan sendos informes en derecho solicitados a académicas chilenas de amplia experiencia, en busca de la configuración de un marco teórico y conceptual que diera sustento a un análisis sobre la igualdad de género en la

normativa y jurisprudencia nacional chilena, tarea encomendada por el Pleno de la Corte Suprema y que por su complejidad exige de un sólido desarrollo y fundamentación, al cual pretenden aportar las propuestas de ambas informantes.

Esperamos que las reflexiones contenidas en esta primera publicación, que marca el inicio de una serie que seguirá desarrollándose en esta línea, cumpla con el cometido de profundizar en el conocimiento sobre la incorporación de la perspectiva de género en el sistema judicial y nos permita generar reflexión y debate en torno a los desafíos que implica promover el pleno respeto de la igualdad de género y la no discriminación en todo el quehacer del Poder Judicial, asumido en nuestra Política Institucional, con el fin de garantizar el acceso a la justicia.

Agradecemos, en particular, la contribución de las destacadas académicas que participan con sus artículos, además del trabajo técnico desarrollado por las y los profesionales de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación que dieron forma a esta publicación.

Secretaría Técnica de Igualdad de Género  
y No Discriminación  
Corte Suprema de Justicia  
Poder Judicial de Chile



INAUGURACIÓN AÑO ACADÉMICO UNIVERSIDAD  
ALBERTO HURTADO 2019\*

## Clase Magistral: Enfoque de género en el acceso a la justicia

\* El 15 de abril de 2019 se desarrolló la Inauguración del Año Académico 2019 de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. La ministra de la Corte Suprema, Andrea Muñoz Sánchez, dictó la lectio inauguralis “Enfoque de género en el acceso a la justicia”.





# Presentación

Buenas tardes a todas las personas presentes, agradezco muy sinceramente la invitación que se me ha formulado para hacer esta exposición en el marco de la inauguración del año académico 2019 de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

Deseo saludar, asimismo, a las autoridades que asisten, en este caso a la Decana Miriam Henríquez y al ex decano Rafael Blanco. Saludar también a los académicos y académicas y a los y las estudiantes que integran la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, funcionarios y funcionarias presentes. Es un honor para mí participar de esta instancia y tener la posibilidad de compartir algunas reflexiones sobre un tema tan relevante como es el “Enfoque de género en el acceso a la justicia”, que nos conecta con el desafío de incorporar el principio de igualdad y no discriminación en la labor de administrar justicia.

## **Algunas notas de contexto**

El Poder Judicial, efectivamente, ha empezado a recorrer un camino, desde hace un tiempo a esta parte, tendiente a buscar los mecanismos más adecuados para dar respuesta al imperativo que emana de la Constitución Política, la normativa nacional y los compromisos internacionales vigentes, en lo relativo a la aplicación del principio y derecho a la igualdad y no discriminación en razón del

género, con el objeto de garantizar el efectivo acceso a la justicia de todas las personas y, en particular, de las mujeres, por la situación de discriminación estructural a que se han visto sometidas.

En febrero del año 2018, el Tribunal Pleno de la Corte Suprema aprobó una Política de Igualdad de Género y No Discriminación para el Poder Judicial, que marca un hito en el compromiso institucional en la materia, pero asimismo es el corolario de un proceso iniciado ya el año 2014, a través de un Plan de Trabajo que contempló la elaboración de un estudio de diagnóstico interno, para conocer las desigualdades, discriminaciones y estereotipos persistentes en el Poder Judicial, que impactan en la administración de justicia. Estereotipos en las relaciones sociales y laborales; Discriminación por jerarquía, por clase, por sexo y orientación sexual; Violencia Sexual y acoso; Necesidades de capacitación en el Sistema Internacional de Protección de los derechos humanos, entre otros, son algunas de las cuestiones que ahí se develaron y que han determinado líneas de acción concretas para enfrentarlas. Una de ellas, la creación de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial, el año 2017, cuya misión es, precisamente, promover la transversalización de la perspectiva de género en toda la institución.

La Política Institucional a que he hecho referencia es el marco que engloba todas las

10

acciones que el Poder Judicial se ha comprometido a incorporar en su quehacer para garantizar el respeto a la Igualdad de Género y No Discriminación. No es éste el momento de detallar los contenidos de la política, aunque es necesario destacar que uno de sus principios rectores y eje estratégico fundamental es el **Enfoque de género en el acceso a la Justicia**. En tanto principio rector, la Política postula citando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que para garantizar el acceso a la justicia se requiere tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes comparecen ante ella, lo que obliga a adoptar medidas para reducir o eliminar las barreras u obstáculos de quienes se encuentran en situaciones de desventaja para su acceso. En

tanto eje estratégico, que desde un punto de vista metodológico, es aquel que busca hacer operativos los postulados de la Política, el enfoque de género en el acceso a la justicia apunta a incorporar la perspectiva de género tanto en el ejercicio de la labor jurisdiccional, como en los servicios de atención de usuarios y usuarias, con el propósito específico –quiero insistir– de garantizar el efectivo acceso a la justicia, entendido como un derecho fundamental que impone al Estado deberes de conducta en orden *no solo a permitir el acceso, sino además, a generar las condiciones para que ese acceso sea posible y efectivo*, que es la premisa de la cual parte la Política.

En ese contexto, la Política propone como una de sus líneas de acción más desafiantes, la de *“crear y difundir protocolos, guías, compendios o cuadernos de buenas prácticas que incorporen criterios que apoyen a los magistrados y magistradas para abordar el conocimiento y resolución de los casos que se le presenten, de una manera que les permita hacer los análisis de contexto necesarios para visibilizar los estereotipos, desigualdades de género y discriminación, y justificar la interpretación y aplicación diferenciada del derecho que en cada caso corresponda”*, tarea que poco a poco hemos empezado a desarrollar y es parte de lo que les quiero contar.

Finalizo este breve contexto institucional señalando, como lo he hecho en múltiples oportunidades, que creo sinceramente que el Poder Judicial, a través de esta Política, que expresa un compromiso *ius* fundamental, debiera ir, progresivamente, ejerciendo un rol transformador para erradicar la desigualdad por motivos de género en nuestra sociedad, lo que contribuirá a avanzar hacia un país más igualitario, inclusivo y respetuoso de los derechos humanos de todas las personas.



# I. Introducción

Ahora, entremos en materia:

El Derecho en su esencia no es estático, cambia al ritmo del pensamiento y de las realidades que pretende regular y con ello también cambian los conceptos, su alcance, contenido y hasta la forma misma en que ha sido concebido. Lo anterior constituye un reto para la Magistratura –así como para todos los operadores y operadoras de justicia, y para la formación de las abogadas y abogados- que no solo debe mantenerse al tanto de estas transformaciones, sino que además de comprenderlas, debe ajustar sus decisiones con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la plena protección de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico, a todas las personas sin distinción.

Si bien el derecho a la igualdad y la no discriminación son principios conocidos para quienes tienen la obligación de administrar e impartir justicia, volver a ellos desde la perspectiva de género, implica, por una parte, comprender el fenómeno de la discriminación y el impacto de las decisiones judiciales cuando deben lidiar con ella y, por otra, se traduce en la obligación de desarrollar una particular forma de análisis sobre cómo se deciden los casos que involucran a personas que han sido históricamente marginadas y discriminadas sobre la base de criterios tradicionales, que tienden a invisibilizar, justamente, aquello que ha sido relevado por el sistema internacional

de derechos humanos: la condición de vulnerabilidad de ciertos grupos sociales.

Quisiera comenzar planteando una pregunta que pretende llamar la atención acerca del tema que hoy nos convoca: **¿Cuál es la relevancia del enfoque de género para el acceso a la justicia?** Más en concreto: **¿es la incorporación de una perspectiva de género, como parámetro de igualdad, relevante para la legitimidad del Derecho, particularmente para la labor de administración de justicia?**

Para intentar una respuesta, voy a describirles algunos casos que el derecho ha tenido que abordar, con diversos resultados:

1. En el año 2001, una niña de 15 años se trasladaba desde su hogar a la casa en que trabajaba como empleada doméstica en Ciudad Juárez, al norte de México. Días después fue hallada asesinada en un sitio llamado “Campo Algodonero”. Los familiares, que llevaron el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, denunciaron graves irregularidades e inconsistencias durante la investigación. Por ejemplo: no se asumió la pronta búsqueda ante la desaparición y se negó información a los familiares; no se notificó a la madre del hallazgo de los primeros cadáveres encontrados; no existe información sobre el resultado de las evidencias encontradas ni dónde quedaron resguardadas, entre otros. Más aún, los familiares de las 3 víctimas del caso ante la Corte

12

declaran que, al momento de interponer la denuncia la respuesta de los funcionarios que los atendieron fue del tipo “no está desaparecida, anda con el novio o anda con los amigos de vaga”; “que si le pasaba eso era porque ella se lo buscaba, porque una niña buena, una mujer buena, está en su casa”<sup>1</sup>.

2. En Chile, en el año 2003, conociendo de una demanda de cuidado personal, un tribunal concedió el cuidado provisional de tres niñas al padre que lo demandaba, debido a que, al vivir la madre con su pareja mujer y sus hijas, “altera[ba] con ello la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y el bienestar personal por sobre el bienestar emocional y el adecuado proceso de socialización de sus hijas”<sup>2</sup>. La magistrada Karen Atala Riffo fue privada de la custodia de sus hijas, y, si bien el fallo de primera instancia confirmado por la Corte de Apelaciones de Temuco finalmente rechazó la demanda señalando explícitamente que la orientación sexual de la madre no afectaba el cumplimiento responsable de su rol como tal, fue la Corte Suprema, conociendo del caso a través de un recurso de queja, la que acogió la demanda de custodia y las dejó permanentemente al cuidado de su padre. Se invocó, entre otras cosas, el presunto “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho”, y “los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psi-

quico y emocional de las hijas”. Además, que “la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas”.

3. También en Chile, en la novena región, a fines de 2016, una mujer con 32 semanas de embarazo y con diagnóstico de preeclampsia es trasladada a través de diversos centros médicos a fin de que la urgencia sea atendida y pueda nacer su hija. En ese momento esta mujer, Lorenza Cayuhan, perteneciente a la etnia mapuche, tenía 31 años y se encontraba privada de libertad cumpliendo una condena de 5 años y 1 día por el delito de robo con intimidación en la zona de Arauco. Mientras fue trasladada a los distintos centros médicos y cuando estaba en trabajo de parto, permaneció engrillada y permanentemente custodiada por personal de Gendarmería, uno de cuyos funcionarios estuvo presente, incluso, durante el parto.

Pese a la diversidad de hechos, ¿existe algún factor común, les parece a ustedes, en la forma en que los sistemas de justicia abordaron las situaciones de estas mujeres? La niña/ adolescente, empleada doméstica, pobre, de México, la magistrada chilena lesbiana y sus hijas, la mujer mapuche privada de libertad, ¿fueron tratadas de manera justa, con respeto a su dignidad y derechos, por el Sistema de Administración de Justicia?

La respuesta a estas preguntas es abrumadora: todas fueron discriminadas y los respectivos sistemas nacionales de justicia actuaron con toda su fuerza para perpetuar dicha desigualdad.

1 Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrafos 198 a 201.

2 Sentencia del 2 de mayo de 2003 del Juzgado de Menores de Villarrica.

Intentaré demostrar a lo largo de esta presentación que hoy la incorporación de una perspectiva de género, como parámetro de igualdad, es clave para la legitimidad del Derecho, y en especial para garantizar el acceso a la justicia de todas las personas, cualquiera sea su condición.

Para abordarlo, dividiré la exposición en cuatro partes. En primer lugar, me referiré al principio de igualdad y no discriminación.

En segundo lugar, analizaré la relevancia de comprender el acceso a la justicia como un

derecho humano. En tercer lugar, reflexionaremos sobre el significado de la incorporación de una perspectiva de género en el ejercicio de la función jurisdiccional, los estereotipos y el impacto de las decisiones judiciales; en cuarto lugar, efectuaré unas breves referencias a la interseccionalidad, para cerrar con la respuesta de las instancias internacionales y de la CSJ chilena, a las situaciones fácticas que les acabo de comentar.

Créanme que realmente es un gusto, y también un desafío, poder compartir estas reflexiones con una audiencia como ésta...



## II. Principio de igualdad y no discriminación

Las preguntas sobre qué es la igualdad o, más concretamente, quiénes son iguales y en qué sentido, son de antigua data y han estado en el corazón de numerosas luchas a lo largo de la historia.

Nadie podría cuestionar que vivimos en un mundo esencialmente diverso. Todas las personas somos distintas no solo en nuestra apariencia física, sino en cómo pensamos, amamos, en nuestra forma de expresarnos y comprender el mundo, entre otros aspectos. Las discusiones sobre igualdad se dan en distintos planos, a nivel filosófico, económico, normativo y político. Ahora bien, de estas diferencias en el mundo de lo natural, ¿deben colegirse diferencias a nivel jurídico? De ser así, ¿por qué se justifican?, ¿cuándo son admisibles estas diferencias?

La verdad es que la definición de quiénes son iguales está fuertemente ligada con las concepciones culturales sobre la condición humana imperante en cada contexto. Si en el pasado era aceptable indicar que las personas no eran tales por su color de piel, o eran titulares de derechos en menor grado a partir de su sexo, hoy no existe un soporte jurídico, pero por sobre todo, moral y cultural, para amparar tal distinción en el trato. Hoy, sin lugar a dudas, llamaríamos a tal acto una discriminación, es decir, una distinción en el trato arbitraria y proscrita tanto en el derecho chileno, como en el derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, el derecho internacional de los derechos humanos ofrece a la magistratura una guía de los principales consensos de la comunidad internacional, contenidos en normas y principios, acerca de aquellos motivos por los cuales no está permitido discriminar y aquellos donde cierto tipo de distinciones sí estará justificada, o bien será necesaria e imperativa.

El sistema internacional de derechos humanos ha sido creado y funciona sobre la premisa básica de la igualdad entre todas las personas, por lo que los principios de no discriminación y de igual protección de la ley sirven como bases fundamentales de los instrumentos normativos del sistema internacional de protección.

Tenemos por una parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece: “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, y que junto con condicionar el ejercicio y goce de los derechos a una cláusula que prohíbe la discriminación, establece el derecho a la igualdad ante la ley y la igual protección en la ley. Luego, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagran normas específicas en el mismo sentido que en la Declaración Universal, para dar garantías al principio de igualdad y no discriminación.

Por otra parte, además del reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación en los instrumentos mencionados, el compromiso de la comunidad internacional con la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que han experimentado discriminación estructural, en especial la situación de las mujeres, ha ido progresivamente creciendo. Al respecto, es posible identificar dos etapas, la primera, marcada por el desarrollo de instrumentos internacionales específicos y una segunda, que tiene por objetivo lograr la transversalización del enfoque de género.

En los años 70, y en virtud del importante aporte de la teoría feminista al Derecho, se constató la necesidad de una protección específica para las mujeres en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Gracias al trabajo impulsado por los movimientos sociales de mujeres se alcanzó el consenso para desarrollar instrumentos internacionales que dieran una respuesta particular a la problemática de género, lo cual se tradujo en la adopción de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por su sigla en inglés) en 1979 y a nivel interamericano, en una convención que aborda exclusivamente la violencia contra las mujeres: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer, también conocida como “Convención de Belém do Pará”, de 1994.

Ambos instrumentos, uno proveniente del sistema de Naciones Unidas y el otro del sistema interamericano (ratificados y vigentes en Chile), concentran el sustento normativo sobre la especificidad de la discriminación y la violencia experimentada por las mujeres y, en ese sentido, constituyen el parámetro a partir del cual es posible elaborar respuestas concretas para el acceso a la justicia.

La segunda etapa tuvo su origen en los años 90, y fue en la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio de 1993, donde éstos realmente se universalizaron, subrayando que los derechos de las mujeres son derechos humanos. En ese periodo se alcanzó la convicción de que los instrumentos específicos como la CEDAW, por sí solos, no eran suficientes para la efectiva protección de los derechos de las mujeres y, por lo tanto, era ineludible **incorporar el reconocimiento de las diferencias de género en la interpretación y aplicación de todos los tratados generales sobre derechos humanos** (es lo que ha venido haciendo la CIDH con la CADH y el TEDH con la Convención Europea de DH).

Esta segunda etapa, referida a la perspectiva de género, tiene por objetivo visibilizar –fíjense bien, a propósito de la pregunta que nos hicimos hace un rato- **cómo las diferencias biológicas, en un determinado contexto sociocultural y momento histórico, se suelen traducir en diferencias socialmente construidas que conducen a oportunidades y condiciones de vida desiguales**. En definitiva, frente a las desigualdades históricas y estructurales experimentadas por las mujeres, y a pesar de la existencia de unos derechos humanos inherentes a toda persona, es necesario un tratamiento específico de las violaciones de los derechos de la mujer. Es así como surge la expresión “transversalización de la perspectiva de género” (en inglés, *gender mainstreaming*).

Para recapitular, si bien distintos instrumentos internacionales consagran el principio de igualdad y no discriminación, no todos contienen una definición expresa sobre su contenido y alcance; no obstante, del análisis de las distintas definiciones consagradas en los



16

instrumentos internacionales, es posible identificar tres elementos comunes:

i) Estamos en presencia de una **discriminación cuando existe una distinción, exclusión, restricción o preferencia**. Cabe destacar, que tanto los órganos y normas internacionales señalan que no toda distinción de trato será discriminatoria sino solo aquellas que sean arbitrarias o carentes de justificación objetiva y razonable.

ii) **El trato diferenciado que está proscrito debe basarse en una de las categorías sospechosas, es decir, en algunos de los elementos de diferencia que históricamente han sido utilizados para discriminar**. Cabe recordar que los elementos reconocidos como motivos prohibidos de discriminación se han ampliado con el transcurso del tiempo, reconociéndose de manera expresa en los tratados internacionales más recientes a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como categorías sospechosas.

iii) **El trato diferenciado debe tener como propósito o consecuencia anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos de un grupo determinado de personas**. Es decir la distinción afecta el goce de los derechos en condiciones de igualdad. En este sentido me interesa destacar que la definición de discriminación dada por la CEDAW comprende toda diferencia de tratamiento basada en el sexo, que intencionalmente **o en la práctica**, coloque a las mujeres en una situación de desventaja, e impida el pleno reconocimiento de sus derechos humanos en las esferas públicas y privadas. [Entiende la discriminación basada en el sexo, como toda distinción, exclusión o restricción que tenga **por objeto o por resultado –es decir, en forma directa o indirecta-** menoscabar o anular

el goce o ejercicio por la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales, en la esfera social, política, económica, cultural, o cualquier otra<sup>3</sup>]. En otras palabras, una acción u omisión puede tener un resultado o efecto discriminatorio en la práctica, aun cuando en apariencia sea neutral. *Esto es de la mayor importancia; pensemos, por ejemplo, en tantas leyes que, a veces, con la mejor intención, regulan ciertas conductas que, a la postre, por la condición de desventaja estructural en que se encuentran las mujeres, terminan lesionando sus oportunidades y en su aplicación resultan ser discriminatorias.*

Junto al concepto de discriminación, los Comités de Naciones Unidas encargados de la supervisión de tratados referidos a formas específicas de discriminación, han analizado distintas clasificaciones o categorías de discriminación, una de las cuales es la antes mencionada, la discriminación directa e indirecta; también está aquella que distingue entre la discriminación de iure y de facto; y aquella que es múltiple o agravada e interseccional. Al respecto el Comité DESC ha señalado la especial relevancia de la distinción **entre discriminación de iure y de facto**, afirmando que “(...) La igualdad formal presupone que se

3 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 16 acerca de “la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), señala que “se produce discriminación indirecta cuando la ley, el principio o el programa no tienen apariencia discriminatoria, pero producen discriminación en su aplicación. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando las mujeres están en situación desfavorable frente a los hombres en lo que concierne al disfrute de una oportunidad o beneficio particulares a causa de desigualdades preexistentes. La aplicación de una ley neutra en cuanto al género puede perpetuar la desigualdad existente o agravarla”, párrafos 12 y 13.



*logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos (...)*. En relación a la igualdad sustantiva –que es la que a estas alturas nos debe preocupar- se ha reconocido que la simple formulación de normativa específica no es suficiente para enfrentar y remediar situaciones de discriminación estructural siendo necesaria la adopción de medidas concretas y especiales. [En este sentido el Comité CEDAW en su Recomendación General Nro. 25 señala: “No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También debe tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El logro del obje-

*tivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución del poder y los recursos entre el hombre y la mujer”].*

Por lo reflexionado, ocurre que el derecho a la igual protección sin discriminación implica no solo la exclusión de un trato arbitrario, sino que impone al Estado de Chile -Poder Judicial incluido- la obligación de considerar las condiciones particulares de desventaja que experimentan las personas que han sido históricamente discriminadas, y que se alzan frecuentemente como barreras que impiden o dificultan el acceso a la justicia. Es aquí donde hacemos la conexión con el siguiente capítulo de esta exposición.

### III. Acceso a la justicia como derecho humano

Tanto en el sistema universal de derechos humanos como en el sistema interamericano se consagra el derecho de las personas de ser oídas y de contar con recursos judiciales en condiciones de igualdad. Estos derechos conforman el que se ha reconocido como derecho de “acceso a la justicia”.

Así, en el ámbito interamericano el derecho de toda persona a ser oída se encuentra establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos, y supone, por un lado, un ámbito formal y procesal –en el sentido de asegurar el acceso con las debidas garantías al órgano competente que determinará el derecho reclamado- y por otro, un ámbito de protección material que implica garantizar la capacidad del procedimiento para producir el resultado para el que fue concebido. Por su parte, el artículo 25 de la Convención exige que los recursos que los Estados suministren a las víctimas de una violación a sus derechos humanos *sean efectivos a los fines de determinar si ha ocurrido dicha violación y proveer lo necesario para remediarla*. Por lo tanto, los Estados tienen la obligación de garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia, y a que el recurso –más propiamente, las acciones– que se prevean, permitan lograr, entre otros resultados, el juzgamiento de los responsables y la obtención de una reparación por el daño sufrido.

En el Sistema Universal de Protección de DDHH podemos identificar diversos instrumen-

tos que reconocen y consagran el acceso a la justicia, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus artículos 8 y 10 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en sus artículos 2, 3, 14 y 15; específicamente, el artículo 14 consagra que *“todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley (...)”*.

En esta materia, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado, que *“[...] el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley”*<sup>4</sup>. Por lo tanto, en la medida que el acceso a la justicia es fundamental para salvaguardar los derechos de las personas y de los grupos vulnerados, es labor del Estado adoptar un conjunto de medidas que aseguren el ejercicio de este derecho sin discriminación.

En definitiva, quiero enfatizar que el acceso a la justicia debe ser comprendido **como un derecho fundamental que impone al Esta-**

4 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 23 de agosto de 2007, CCPR/C/CG/32, párr. 2.

**do deberes de conducta en orden no solo a permitir el acceso, sino además, a generar las condiciones para que ese acceso sea posible y efectivo**, lo que implica levantar las barreras que obstaculizan ese resultado, lo que, como ya hemos anunciado, supone que magistrados y magistradas reconozcan las múltiples discriminaciones asociadas al género que están presentes en los casos sometidos a su conocimiento. En este sentido, adquiere un gran valor *como garantía de protección* para aquellos grupos que siempre se han visto excluidos o discriminados en la sociedad. No menos importante es su *carácter instrumental* que lo lleva a cumplir una función social, dado que establecer mecanismos de solución de conflictos que cumplan con los estándares del debido proceso se traduce en una solución que permite alcanzar la paz social, evitando así la autotutela o la búsqueda de justicia por propia mano.

En la línea de lo que hemos venido diciendo, **y solo para remarcar la importancia del concepto de acceso a la justicia y su vinculación con el tema de la igualdad y no discriminación**, quiero destacar, en el ámbito judicial regional, el trabajo realizado por una instancia de cooperación denominada “Cumbre de Presidentes/as de Tribunales y Cortes Supremas de Justicia de Iberoamérica”, que reúne a más de 20 de estos altos órganos de justicia y de la cual el Poder Judicial chileno es miembro, que desde el año 2001 viene sosteniendo en sus declaraciones finales la necesidad de incorporar la perspectiva de género como forma de mejorar el acceso a la justicia de la población, particularmente de las mujeres. En este contexto se inscriben, muy especialmente, las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en marzo de

2008, documento que aborda la importancia de considerar las barreras que enfrentan en el acceso a la justicia las personas en condición de vulnerabilidad y desarrolla un conjunto de recomendaciones para los órganos públicos y para quienes integran los sistemas judiciales; y la Comisión de Género y Acceso a la Justicia, creada en la XVII edición de la Cumbre realizada en Chile, en marzo de 2014, cuya misión precisa es promover la incorporación de la perspectiva de género en los órganos de la Cumbre, como en los Poderes Judiciales miembros de aquella instancia de cooperación.

Como conclusión de este apartado, creo que podemos establecer como premisa, entonces, que la discriminación en razón del género constituye un factor que limita el acceso efectivo a la justicia, y como el deber de la administración de justicia es garantizar la tutela judicial en condiciones de igualdad y sin distinción de ninguna naturaleza, resulta que es una obligación ética y jurídica, que las decisiones judiciales sean adoptadas con una perspectiva de género, concepto que abordaremos en las reflexiones que siguen.



## IV. Perspectiva de género: estereotipos, impacto y sentencias

Hasta ahora hemos analizado los principios de igualdad y no discriminación y la importancia de su aplicación en aras de garantizar el derecho de acceso a la justicia. Al llegar a este estadio de la reflexión espero hayamos podido ir asentando el entendimiento de que no se satisface el derecho de acceso a la justicia si, al momento de conocer un caso, la magistratura no advierte la discriminación en razón del género que experimenta la persona, la que, en ocasiones, puede converger o superponerse con otras formas de discriminación, ya sea por razones de discapacidad, origen étnico, orientación sexual u otros factores.

### **Damos un paso más, entonces, y nos preguntamos específicamente ¿qué significa “juzgar con perspectiva de género”?**

De acuerdo a lo que hemos venido desarrollando, en términos simples la perspectiva de género debe ser comprendida como una herramienta metodológica de análisis, que permite a magistrados y magistradas conocer y juzgar los casos que llegan al sistema de administración de justicia, con una mirada que entienda y visibilice las barreras que dificultan el goce o ejercicio igualitario de determinados derechos que una persona reclama –y particularmente las mujeres, por la discriminación estructural de que hemos sido objeto- y sean capaces, en consecuencia, de interpretar y aplicar el derecho, a la luz de las normas nacionales e

internacionales pertinentes, de una manera que no perpetúe esas discriminaciones y que respete el principio de igualdad.

La primera cuestión que me interesa despejar en torno al tema, y que a lo mejor ustedes se estarán preguntando, es la siguiente: si la justicia se quita la venda y se pone los “lentes de género”, como también suele decirse, ¿no resulta una justicia sesgada, parcial, que atiende a los intereses de la mujer y no es entonces objetiva y neutral? Pues bien, se trata precisamente de lo contrario. Con el enfoque de género lo que se busca es “disolver” los sesgos cognitivos, los estereotipos, los prejuicios asociados al género, que operan o pueden operar, desde la perspectiva de quien decide o adjudica, como barreras que impiden ver o comprender de manera integral el caso o situación que se debe juzgar. No está en juego, pues, que se pierda la imparcialidad, sino al contrario, la perspectiva de género es una exigencia para superar sesgos que constituyen obstáculos para el acceso efectivo e igualitario a la justicia. De manera que, si magistrados y magistradas no se quitan la venda, y no advierten la existencia de esos sesgos, están poniéndose ellos y ellas mismas en una situación de discriminación, que dificulta el acceso a la justicia.

Para lograr incorporar la perspectiva de género en el razonamiento judicial, entonces, es clave para la magistratura conocer y reflexionar sobre qué efectos tiene en nuestra cotidiana

neidad la construcción social y simbólica de los géneros, y entender cómo ello impacta en nuestro modo de ver y sentir la realidad y, especialmente, en la impartición de justicia.

Como marco jurídico, es importante consignar que la obligación de erradicar estereotipos de género se encuentra consagrada explícitamente en el artículo 5(a) de la CEDAW y en los artículos 6(b) y 8(b) de la Convención Belém do Pará, resultando ilustrativa la Recomendación General número 33 del Comité de la CEDAW, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, que constata la existencia de *“una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad (...). Esos obstáculos –dice más adelante– se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria...”*

### **Pero ¿qué son los estereotipos?, ¿en qué consisten?**

Los estereotipos se refieren a características, actitudes y roles que la sociedad atribuye a las personas, que han sido aceptadas, mantenidas y reproducidas casi de manera natural en la cultura, generando de esta forma, relaciones y situaciones discriminatorias. Los estereotipos funcionan de manera inconsciente cada vez que asignamos a una persona atributos, características o roles solo en razón de su pertenencia a un determinado grupo (los hombres son racionales, las mujeres emocionales, los hombres no lloran, las mujeres no son buenas para las matemáticas, etc.); son ideas simplificadas, que expresan prejuicios y que, según decíamos, se encuentran fuerte-

mente arraigadas en la cultura y en la sociedad. Como indican Rebecca J. Cook y Simone Cusack *“un reto para combatir el sexismo, que frecuentemente se perpetua a través de los estereotipos, lo constituye el hecho de que muchas de nuestras actitudes se forman de manera inconsciente y no siempre tenemos plena conciencia de nuestro propio sexismo. En la medida en que lo seamos, es posible que hayamos desarrollado formas de racionalizar y encubrir nuestras actitudes prejuiciosas”*. Como es posible advertir, cuando un tribunal se deja influenciar por estereotipos, se juzga a la persona en base a las ideas acerca del grupo en particular, y no en base a los hechos relevantes y las circunstancias significativas para resolver el caso específico.

El impacto de los estereotipos al momento de conocer un caso fue claramente señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso de Campo Algodonero (González y otras) vs. México* del año 2009, donde las autoridades desestimaron las denuncias sobre la desaparición de mujeres jóvenes y pertenecientes a un estrato social bajo, ya que asumieron que *“eran muchachitas que andaban con el novio o con amigos de vaga”* afirmando su decisión en que *“una niña buena, una mujer buena, está en su casa”*, como indiqué al principio. Las autoridades estatales mexicanas culparon a las madres de las jóvenes desaparecidas por permitirles que salieran de noche y solas. Todo lo anterior refleja cómo los estereotipos impactan en la toma de decisiones y en el contexto de un caso judicial y pueden hacer la diferencia entre un fallo justo o injusto. Imposible no evocar lo sucedido en Alto Hospicio, entre los años 1998 y 2001, donde 14 jóvenes fueron asesinadas, y en que las autoridades inicialmente desestimaron las denuncias de los familiares señalando que las jóvenes habían escapado de sus hogares para



dedicarse a la prostitución o por ser víctimas de violencia intrafamiliar.

Por eso, resulta de vital importancia tomar conciencia sobre el impacto de las decisiones judiciales en la vida de las personas y de la comunidad, y la enorme responsabilidad de los jueces y juezas en la erradicación de los estereotipos.

Esta obligación es de suma relevancia, ya que aun aquellos estereotipos que son caracterizados como “*benignos*”, por ejemplo, el de la “*buena madre*” o que “*las mujeres son buenas cuidadoras*” -concepciones que, cabe destacar, provienen del supuesto de mujer ideal para la sociedad tradicional, que tiene como referente una “*mujer bella, recatada, virtuosa y pura*”- también pueden generar discriminación y justificar situaciones de violencia en contra de las mujeres. Del mismo modo que los roles y estereotipos asociados a lo que

significa ser padre o ser madre, por ejemplo, pueden afectar también los derechos del padre en una situación determinada, privándolo del cuidado de sus hijos (as), o de una relación directa y regular, en los típicos casos que se ventilan en los tribunales de familia.

En definitiva, la magistratura debe estar atenta para advertir y evitar los estereotipos de género que distorsionen su percepción de los hechos de una causa, afecten su visión sobre quien es víctima de una determinada situación, o influyeran su opinión sobre la credibilidad de un testigo o la aplicación de una determinada atenuante, por nombrar algunas situaciones posibles.

Probablemente, una de las dificultades para comprender esta tarea es que se refiere a aspectos del razonamiento judicial o del ejercicio jurisdiccional menos abordados en la cultura jurídica y en la formación de los abogados y

abogadas; me refiero a la cuestión de la prueba o de la valoración de la prueba. Por regla general, como reflexionaba con agudeza la profesora Daniela Acatino en un seminario internacional sobre “Buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias”, organizado por el Poder Judicial en la ciudad de Valdivia en junio del año 2018, se hace mucha dogmática en las carreras de derecho, pero ocurre que **antes que conocedores del derecho, los jueces y juezas son conocedores de hechos, de realidades** y sabemos poco sobre cómo se razona sobre los hechos, de manera que cuesta comprender cómo esos sesgos a los que antes nos referíamos inciden en el razonamiento probatorio. Una herramienta básica del razonamiento probatorio son las generalizaciones empíricas, lo que conocemos como máximas de la experiencia, que nos permiten valorar, por ejemplo, la credibilidad de un testigo. Sabemos en general, de qué cosas depende la credibilidad (por ejemplo, a qué distancia se puede reconocer a una persona, cuánto tiempo un recuerdo puede permanecer en la memoria, etc.), y con todas esas herramientas los jueces y juezas pueden ir valorando un testimonio concreto. Pero como se trata de generalizaciones empíricas, puede que estén cargadas de prejuicios de género, que no sean válidos empíricamente. El caso de la violencia intrafamiliar es un buen ejemplo: por regla general, la permanencia de un testimonio es un indicio de credibilidad. Dicho de otra manera, si una persona cambia su versión durante el juicio, diríamos que ello perjudica su credibilidad; sin embargo, es posible que esa generalización no resulte aplicable frente a un fenómeno peculiar como es la violencia de género, y en consecuencia, parece necesario establecer generalizaciones diversas. Como hay intereses contradictorios en la víctima (vínculo afectivo versus deseo de liberación), se producen tensiones que permiten explicar

cambios de versión acerca de los hechos, por lo que ese dato debiera ser valorado con otra generalización más adecuada al contexto.

Otro tanto podría decirse en casos de violencia sexual, en la violación más específicamente, cuando está en juego la existencia del consentimiento. En estos casos la historia sexual de la víctima parece ser muy importante para dar fiabilidad a las declaraciones de la denunciante, incluso más, al parecer un historial de sexualidad activa sugiere consentimiento. También en estos casos se utiliza la resistencia física como un indicio o negación de consentimiento, como si no bastara una negativa verbal, como si al no haber resistencia física la mujer, en el fondo, estuviera esperando que la convenzan; ¿no hay un sesgo de género en aquello? Claramente en estas situaciones se reproducen sesgos de género para valorar cuestiones de credibilidad, que de alguna manera dicen relación con el estereotipo de la castidad femenina. Ése es el desafío, entonces, poner a prueba esas generalizaciones, discutir si están sustentadas en evidencias que se refieran a los contextos particulares en que se suscitan casos de violencia sexual.

Quiero compartir con ustedes, a propósito de lo que venimos explicando, un caso reciente que a mí me parece notable, y que proviene del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante Tribunal Europeo), cuya sede está en Estrasburgo, “*Carvalho Pinto de Sousa Morais con Portugal*”, que terminó por sentencia de 25 de julio de 2017. Los hechos: una mujer de 50 años de edad se efectúa una cirugía en 1995, lo que le genera graves consecuencias ginecológicas a consecuencia de un error médico, entre ellas intenso dolor, incontinencia urinaria y dificultades para mantener relaciones sexuales. Demanda por negligencia médica, y en octubre de 2013, una Corte portuque-



sa condena al Hospital a pagar 80.000 euros, como compensación por el sufrimiento físico y psicológico de la solicitante, y cerca de 16.000 para solventar los gastos de una empleada doméstica que la ayudara en sus tareas diarias. Apelada la sentencia por el establecimiento hospitalario, en 2014 la Corte Suprema Administrativa de Portugal redujo la compensación a la mitad, aduciendo respecto del sufrimiento psicológico de la mujer, que *“a su edad el sexo no es tan importante como para alguien más joven”* y en relación a la ayuda en sus tareas diarias, determinó que *“era poco probable que necesitara una empleada doméstica a tiempo completo en ese momento, ya que, considerando la edad de sus hijos, solo necesitaba cuidar de su esposo”*. La mujer reclamó ante el Tribunal Europeo sosteniendo que hubo discriminación hacia ella por su edad y por su sexo. El Tribunal Europeo consideró que había habido violación del artículo 14º (prohibición de discriminación), conjuntamente con el artículo 8º (derecho al respeto de la vida privada y familiar) de la Convención Europea de Derechos Humanos y destacó que al parecer los factores determinantes en la decisión habían sido el sexo y la edad de la solicitante y que además ésta había estado basada en la *“suposición general de que la sexualidad no es tan importante para una mujer de 50 años y madre de dos niños, en relación a alguien de edad más temprana”*. En opinión del Tribunal Europeo esas consideraciones demostraron los prejuicios que prevalecieron en el Poder Judicial de Portugal, y reiteró que los avances en la igualdad de género hoy día eran un objetivo importante para los Estados miembros del Consejo de Europa, por lo cual *“deberían incorporarse razones muy poderosas para que pudiera admitirse que una diferencia de trato por razón de sexo fuera compatible con la Convención”*. En particular, indica que las referencias a tradiciones, suposiciones gene-

rales o actitudes sociales prevalecientes en un país son insuficientes para justificar que una diferencia en el tratamiento a una persona por motivos de sexo, fuera compatible con la Convención.

La cuestión que quiero destacar aquí, más allá de las consideraciones sobre la edad o el sexo en sí mismas, es el supuesto (*léase generalización o estereotipo*) de que la sexualidad no es tan importante para una mujer de 50 años y madre de dos niños, como dijo el Tribunal Europeo, ese postulado refleja la idea tradicional de la sexualidad femenina como algo intrínsecamente vinculado a propósitos reproductivos y por tanto ignora su importancia física y psicológica para la realización de las mujeres como personas. La decisión del Tribunal Europeo también se fundamentó recordando otros dos casos similares que ocurrieron en Portugal en 2008 y 2014, que afectaban a hombres y que al igual que María Morais, también sufrieron complicaciones médicas. Ante esos dos sucesos, el Tribunal Supremo Portugués dictaminó que el hecho de que ya no pudieran tener relaciones sexuales con normalidad había afectado su autoestima, y les había provocado un *“tremendo shock mental”*, sin considerar su edad y si tenían o no hijos.

Como es posible apreciar, un prejuicio o estereotipo sobre el tema de la sexualidad activa de las mujeres sobre 50 años puede llevar a infravalorar o subestimar el daño psicológico de la solicitante, un sesgo que no deja advertir correctamente –conforme a la verdad– la entidad del daño; opera como una venda cognitiva, comprometiendo la responsabilidad del Estado frente a sus compromisos internacionales.

Juzgar con perspectiva de género se alza, en consecuencia, como una herramienta que permite enfrentar el sesgo que implica la valoración

de la prueba conforme a estereotipos, permitiendo identificarlos y erradicarlos del proceso de razonamiento judicial y de la sentencia.

En este punto me permito destacar el trabajo desarrollado por la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema que, en cumplimiento de una de las líneas de acción de la Política a la que me referí al comienzo, elaboró, con el apoyo de dos expertas internacionales -en el contexto de un proyecto financiado por un programa de cooperación de la Unión Europea- un *“Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias”*, documento que busca orientar a los jueces y juezas en la incorporación de elementos básicos para el análisis de los casos y su contexto, como escenarios en el que se manifiestan estereotipos, desigualdad y discriminación; temas todos determinantes de una interpretación y aplicación integral, compleja y diferenciada del derecho vulnerado o en litigio. En el capítulo tercero del documento se presenta lo que se denominó una “matriz de análisis” que es una

guía con la cual se pretende facilitar la tarea de juzgar con perspectiva de género, ofreciendo una serie de criterios que servirán de ruta reflexiva en el proceso de emitir decisiones judiciales.

No tengo tiempo para desarrollar aquí el detalle del contenido del CBP, pero solo les comento que en él se recogen, por ejemplo, en materia de valoración de la prueba, algunas de las reflexiones que hemos hecho en relación al abordaje de la VG; pueden ustedes examinar y bajar el documento que está en la página web de la STIG.

En definitiva, si los hechos así lo determinan el análisis con perspectiva de género debe ser aplicado en la sentencia aun cuando las partes involucradas en el caso no la hayan contemplado en sus alegaciones, y también debe guiar el ejercicio argumentativo de quienes imparten justicia para que puedan materializar los tratados internacionales en realidades concretas y generar respuestas en derecho efectivas a nivel nacional.

## V. Interseccionalidad

Para finalizar, quisiera agregar brevemente cómo la diversidad de los movimientos de mujeres contemporáneos fueron poniendo en el tapete la necesidad de reconocer que en ocasiones pueden converger o superponerse en una persona múltiples formas de discriminación, ya sea por razones de discapacidad, origen étnico, orientación sexual u otros factores, cuestión que configura una situación especial, que no tiene una respuesta adecuada si se considera únicamente alguna de esas condiciones por separado, sino que deben considerarse conjuntamente, lo que obliga a adoptar medidas especiales para evitar la violación de sus derechos humanos.

El reconocimiento de esta realidad ha dado origen al concepto de discriminación interseccional, que anunciábamos al hablar de las clasificaciones de discriminación. El enfoque interseccional aparece en forma muy evidente en el caso de Lorenza Cayuhan, esta **mujer mapuche privada de libertad** (estaba recluida en el CDP de Arauco) y embarazada de aproximadamente 8 meses, que luego de recorrer 72 km de distancia para su traslado a los centros de atención médica engrillada en la ambulancia, sufriendo contracciones, dio a luz a su hija, en esas mismas condiciones y en presencia de un funcionario de Gendarmería.

La Sala Penal de la Corte Suprema chilena señaló que en este caso hubo discriminación por ser mujer y mapuche y aplicó el derecho

internacional: la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (de Belém Do Pará). Además, consideró, respecto del actuar de Gendarmería, que *“(...) en este caso se adoptaron medidas de seguridad para el traslado de una interna en razón de su pertenencia a una comunidad mapuche, y que si no concurriera esta cualidad adscrita en la amparada, no se habrían implementado (...) que así las cosas, se estima que en el caso sub judice hay una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, donde se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues ésta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hija, todo ello, en contravención a la normativa nacional e internacional vigente en la materia”*.

El caso de Lorenza nos permite visibilizar cómo opera la interseccionalidad, tema que ha sido ampliamente analizado por el derecho internacional de los derechos humanos. Nótese que el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) ha especificado las diferencias entre la discriminación racial que afecta a hombres y mujeres: *“El Comité toma nota de que la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a*

*los hombres en igual medida ni de la misma manera. Existen circunstancias en que afecta únicamente o en primer lugar a las mujeres, o a las mujeres de distinta manera o en distinta medida que a los hombres. A menudo no se detecta si no se reconocen explícitamente las diferentes experiencias de unas u otros en la vida pública y privada...”.*

Por otra parte, a nivel regional, el criterio de la interseccionalidad fue recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al examinar el caso *I.V. vs Bolivia* el año 2016. El caso se refiere a los hechos vividos por la señora I.V., una mujer de nacionalidad peruana que se encontraba en Bolivia en calidad de refugiada, quien fue sometida a una esterilización quirúrgica no consentida, que tuvo por efecto la pérdida permanente de su función reproductora. Uno de los asuntos debatidos ante la Corte fue la afectación del derecho de acceso a la justicia de la víctima, pues durante los procesos judiciales intentados para establecer las responsabilidades por la realización del procedimiento de esterilización se produjeron diversos errores procesales y dilaciones que llevaron a que se declarase la extinción de la acción penal y se archivara el asunto, sin resultados. En este contexto, la Corte sostuvo: “... que en el caso de la señora I.V. confluyeron en forma interseccional múltiples factores de discriminación en el acceso a la justicia asociados a su condición de mujer, su posición socio-económica y su condición de refugiada. En efecto, en el presente caso, dicha discriminación confluyó además con una vulneración al acceso a la justicia con base en la posición socio-económica de la señora I.V., en tanto los cambios de jurisdicción para la radicación de la causa en el segundo y el tercer juicio penal, hicieron que se presentara un obstáculo geográfico en la accesibilidad al tribunal (...). La discriminación que vivió I.V. en

*el acceso a la justicia no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”.*



## VI. Cierre

Para concluir, y después de lo reflexionado, resulta interesante examinar la respuesta de las instancias internacionales y superiores a las situaciones fácticas que mencioné al principio de mi intervención:

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Campo Algodonero concluyó que desde 1993 y hasta el año 2005, si bien no existe certeza en cuanto a las cifras, se perpetraron aproximadamente 379 asesinatos de mujeres y niñas en Ciudad Juárez. Los crímenes se caracterizaron por presentar altos grados de violencia, incluida la sexual, y la Corte concluyó que en general fueron influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual incidió en la forma en que se perpetraron los crímenes así como en la respuesta estatal frente a la investigación y sanción de los mismos<sup>5</sup>. En su decisión, la Corte declara por unanimidad que el Estado de México actuó conforme a **un patrón de indiferencia** acerca de la situación crónica de violencia contra las mujeres y las niñas en Ciudad Juárez, perpetuando su situación de discriminación.

2. En el caso *Atala e hijas vs. Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del año 2012 consideró que la sentencia de la Corte Suprema de Chile que entregó la tuición de las niñas al padre fue discriminatoria, ya que otorgó relevancia a la

orientación sexual de la magistrada para decidir quitarle la custodia de sus hijas. La Corte concluyó que, si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia no comprobó en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión. [Entre ellos la Corte señala *“que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias ‘para hacer efectivos’ los derechos establecidos en la Convención (...) por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición”*].

<sup>5</sup> Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrafo 164.

3. Por último, la Corte Suprema chilena, en el caso de Lorenza Cayuhan, determinó, además de lo que ya se ha señalado, que “(...) *no puede dejar de observarse que la vulneración de derechos en que Gendarmería de Chile ha incurrido en contra de la amparada, como ha sido demostrado, constituye un acto de discriminación en su condición de mujer, pues el trato recibido por ésta por parte de los agentes estatales desconoció dicho estado de vulnerabilidad y, por ende, de necesidad de protección en circunstancias que, desde una perspectiva de igualdad de género, se debió haber tomado en consideración la situación particular que experimentaba al acercarse el proceso de parto –más aún en las difíciles circunstancias de salud y privación de libertad en que se desarrolló– como, por otro lado, la especial significación vital para ella del mismo,*

*sobre todo dentro de la comunidad mapuche a la que pertenece (...)*”.

En definitiva, la inclusión de la perspectiva de género en la administración de justicia, que está intentando ser asumida por la institución a la que pertenezco, busca brindar un soporte permanente y claro a las decisiones judiciales para lograr fallos libres de sesgos y estereotipos, que garanticen un acceso efectivo a la justicia. Su incorporación permitirá a la función judicial interiorizar el respeto por los derechos humanos de las mujeres y de igual manera conducirá al mejor cumplimiento de los compromisos internacionales que el país ha adquirido, a fin de contribuir, desde el ámbito de nuestras competencias, a la construcción de una sociedad más justa.

**Muchas gracias.**



DISCURSO JORNADA INTERNACIONAL

“JUZGANDO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”\*

# Ponencia “Género y Poder Punitivo”

\* Ponencia realizada por la ministra Andrea Muñoz, el 29 de agosto de 2019 en la Jornada Internacional “Juzgando con perspectiva de género” organizada por la Oficina de la Mujer de la Suprema Corte de Justicia de Argentina y la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina.





## Presentación

Buenos días a todas las personas presentes. Agradezco muy sinceramente la invitación que se me ha formulado para participar de esta Jornada Internacional “Juzgando con Perspectiva de Género”, en su quinta versión, la cual continúa la línea iniciada por la Suprema Corte de Justicia de México, que acogió esta instancia en sus ediciones anteriores. Tuve la oportunidad de participar en la segunda versión de este encuentro en el año 2016 y el año 2017 participó en la tercera versión una Ministra de la Corte de Apelaciones de Chile. Ésta y otras razones me permiten reconocer el valor de este tipo de encuentros y quisiera expresar un especial agradecimiento a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a la Asociación de mujeres juezas de Argentina, por organizar este magnífico evento, que nos permite compartir algunas reflexiones sobre un tema que involucra e importa a todos los órganos de justicia de la región, con el objetivo de garantizar el efectivo acceso a la justicia de mujeres y hombres en un plano de igualdad.

He estructurado esta presentación haciendo, en primer lugar, un breve análisis sobre las interacciones entre género y justicia penal; luego me referiré a algunas ideas sobre el alcance de la perspectiva de género a fin de identificar ciertos espacios o etapas procesales, fundamentalmente en el probatorio, donde debiéramos poner especial atención a los sesgos cognitivos, estereotipos y prejuicios asociados al género. Éstos operan o pueden operar, desde la perspectiva de quien decide,

como barreras que impiden ver o comprender de manera integral el caso o situación que debe juzgar; finalizaré analizando un caso chileno en el cual se aplicó una perspectiva de género y de interseccionalidad por la Corte Suprema, al amparo de las Convenciones Internacionales sobre la materia.



## I. Introducción: derecho penal y género

En los últimos 50 años hubo un importante desarrollo teórico y práctico con el propósito de develar las distintas relaciones e influencias que han existido entre el género y el funcionamiento del sistema penal y sus agencias. Efectivamente, a partir de la década del 70 se comienzan a desarrollar fuertemente diversos análisis en torno a la posición desigual de las mujeres en el derecho. Luego, desde los años 80, bajo el nombre de “teoría legal feminista”, se identificaron un conjunto de saberes que comenzaban a estudiar las relaciones entre el género y el derecho. Estas teorías buscaban analizar y recoger las experiencias de las mujeres en el sistema de justicia y los conocimientos aportados por disciplinas como la Sociología, la Antropología, la Economía, entre otras. El objetivo era lograr comprender la forma en que se reproducen y consolidan las prácticas que discriminaban a las mujeres en el derecho.

Siguiendo la tradición del feminismo liberal, diversos estudios abordaron la cuestión de las posibles discriminaciones existentes en las normas penales y en las sentencias. En ese contexto, se creía que luchando contra la legislación discriminatoria se conseguiría el “ideal” de un derecho neutro e igual para todas las personas. Sin embargo, en los 80 se hizo evidente y comenzó a tomar fuerza la idea de que la consecución de la igualdad en las disposiciones jurídicas no implicaría alcanzar la anhelada igualdad material entre hombres y mujeres ante el derecho<sup>1</sup>.

Hablar de perspectiva de género y derecho implica el planteamiento de una cuestión que no es puramente jurídica, sino que está imbricada con concepciones culturales de las que quienes adjudican el derecho son parte y que, además, están en la base del ordenamiento, construido por seres humanos que se han formado bajo patrones en que la discriminación por razones de género se encuentra invisibilizada.

El Derecho Penal del siglo XIX y buena parte del siglo XX contribuyó a asignar y reproducir una determinada significación del “ser social mujer”. Por una parte, la mujer aparece considerada por el derecho penal histórico como una persona sujeta a tutela y sin plena responsabilidad; por otra, establece un conjunto normativo de controles sociales a la sexualidad femenina, ejemplo de ello fue la criminalización del aborto o del ejercicio del trabajo sexual.

Distintas autoras han analizado cómo el derecho penal afecta a las mujeres tanto en su rol de autoras de delitos, como de víctimas. Cabe destacar, en particular, los estudios feministas sobre mujeres infractoras de ley, los cuales analizan el tratamiento que el derecho penal proporciona a las mujeres y los obstáculos que enfrentan aquellas que acuden al sistema de justicia penal buscando una respuesta a las vulneraciones que experimentan. Un ejemplo claro de esta situación es la victimización secundaria que sufren las mujeres que entran en contacto con el sistema penal, al verse obligadas a repetir en numerosas ocasiones el relato de su denuncia o cuando reciben cuestionamientos sobre la misma, es decir, la mala

1 Faccio, Alda (1992). Cuando el género suena, cambios trae. San José de Costa Rica: Ilanud.

o inadecuada atención que experimentan las víctimas al tratar de poner en movimiento al sistema de justicia<sup>2</sup>.

El derecho penal es una de las áreas, más no la única, en las que es posible detectar la forma en la que el sistema jurídico sustenta la construcción y reproducción de los patrones sociales, especialmente los de género. Por ejemplo en Chile, hace algunos años en los casos de femicidios frustrados, a los perpetradores se les ha aplicado la atenuante de responsabilidad penal de *“obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos u obcecación”* por haber precedido a la agresión, la revelación de una infidelidad real o supuesta de la mujer. En casos como éste, se ha observado que *“(...) las conductas masculinas tienden a ser patologizadas al punto de configurar atenuantes en su favor, como los celos que provocan arrebatos u obcecación en los agresores”*, y en consecuencia se aplican atenuantes de responsabilidad penal que responden a estereotipos de género. En contrapartida, la literatura que ha analizado los casos de mujeres maltratadas que dieron muerte a sus maridos ha puesto de relieve cómo éstas no consiguen siquiera beneficiarse de la eximente de legítima defensa. Ello como consecuencia, entre otros motivos, de que para apreciar la legítima defensa se exige el requisito de ataque ‘actual’ o inminente de la agresión, requisito que es de difícil cumplimiento por parte de las mujeres, ya que en el supuesto de estarse produciendo el ataque, lo habitual es que la mujer no pueda contratacar y deba esperar que la agresión cese de algún modo.

Como se aprecia, si bien el ordenamiento penal ha jugado el rol que hemos señalado en relación a reproducir o proyectar construc-

nes sociales de género que implican un tratamiento desigual de las mujeres, los problemas se presentan también en la *aplicación* de la ley penal por los operadores y operadoras de justicia, donde se evidencian prácticas discriminatorias; y no solo a la hora de la aplicación de los tipos penales, sino también del conjunto normativo que *se deja de aplicar* cuando se trata de figuras que pretenden sancionar, por ejemplo, la violencia contra las mujeres, en relación a las normas relativas a la responsabilidad penal.

En la línea de lo argumentado, quiero compartir con ustedes un hallazgo preliminar producto de una investigación que se encuentra haciendo la Secretaría Técnica de Igualdad de Género del Poder Judicial de Chile, encomendada por el Pleno de la Corte Suprema de mi país, sobre la detección de posibles desigualdades de género en las normas legales y en la jurisprudencia, cuestión que como podrán apreciar no es nada de sencilla. Luego de aproximarnos a esta herramienta de disciplinamiento social en que consiste el derecho penal, con la sospecha de que encontraríamos estereotipos inevitablemente plasmados en las normas a la hora de prefigurar los distintos tipos penales, hemos debido concluir que donde efectivamente se suelen producir las desigualdades es en la aplicación de las leyes, a través de la que se refuerzan los roles de género al realizar la ponderación de la prueba y la subsunción de las conductas en los tipos penales y que, en consecuencia, es ahí donde debíamos fundamentalmente buscar o indagar. Esta conclusión provisional de alguna manera justifica la mirada y los desafíos que plantearé en los capítulos siguientes.

2 Beristain, Antonio (1996). Criminología, Victimología y Cárceles. Tomo I. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

## II. Concepto de perspectiva de género

La inclusión de la perspectiva de género en la administración de justicia es un reto necesario cuya intención debe continuar fortaleciéndose bajo el entendimiento de que éste constituye un proceso para asegurar la igualdad y la justicia de género en todas las esferas vitales de las personas. Como tal, es un imperativo moral y ético de derechos humanos que requiere hacerse patente en todas las instituciones del Estado, en especial para la toma de las decisiones y en el caso concreto de la judicatura en la elaboración de las sentencias, con el objeto de avanzar en una protección más efectiva de los derechos de las mujeres.

Para comenzar, no está demás asentar un concepto que probablemente todos los presentes manejamos: el enfoque o la perspectiva de género es una categoría de análisis que permite visibilizar la asignación social de roles y tareas diferenciadas en virtud del sexo; revela la asimetría de oportunidades y derechos que se derivan de esta atribución y evidencia las relaciones de poder que se originan a partir de estas diferencias; pregunta por los impactos diferenciados de leyes y políticas públicas en función de dichas asignaciones y establece, en definitiva, una estrategia adecuada para evitar el impacto de la discriminación en casos específicos.

Esta herramienta metodológica permite a magistrados y magistradas, a la hora de conocer y juzgar los casos que llegan al sistema de administración de justicia, visibilizar las barre-

ras que dificultan el goce o ejercicio igualitario de determinados derechos que una persona reclama y ser capaces de interpretar y aplicar el derecho, a la luz de las normas nacionales e internacionales pertinentes, de una manera que no perpetúe esas discriminaciones y que respete el principio de igualdad.

Complementando esta primera noción, podemos también decir que Juzgar con perspectiva de género implica cuestionar la “neutralidad” de las normas, a pesar de que puedan estar escritas en un lenguaje aparentemente imparcial, examinar la concepción del sujeto que las subyace y las visiones estereotípicas que sostienen. Como se puede apreciar, no es posible reflexionar sobre la perspectiva de género, sin abordar el significado de los estereotipos, por lo que resulta del mayor interés para el análisis que estamos desarrollando.

### III. Sesgos cognitivos, estereotipos y prejuicios asociados al género

El derecho internacional de los derechos humanos y las organismos internacionales de protección han afirmado, a través de su jurisprudencia, que si queremos lograr la igualdad de género de manera efectiva, que si pretendemos eliminar la discriminación persistente y generalizada que experimentan las mujeres en el mundo, debemos abordar el problema de los estereotipos de género.

Numerosos tratados internacionales y regionales de derechos humanos imponen obligaciones expresas relacionadas con los estereotipos de género. Entre otros, destacan:

- **Los artículos 2 (f), 5 y 10 (c) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por su sigla en inglés).** En virtud de éstos los Estados parte tienen la obligación de exponer y eliminar los obstáculos sociales y culturales subyacentes, incluidos los estereotipos de género, que impiden a las mujeres el ejercicio y la defensa de sus derechos e impiden su acceso a recursos efectivos.
- **El artículo 8 (1) (b) de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.** En virtud del cual los Estados se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida.

- **Artículos 6 (b) y 8 (b) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.** En los cuales se consagra que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, “el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación” y la obligación de los Estados de “*modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer*”.

Muchos órganos de tratados internacionales de derechos humanos han reconocido una *obligación implícita* dentro del derecho a la no discriminación y la igualdad, de abordar los estereotipos de género. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha afirmado que abordar los estereotipos es una de las tres obligaciones centrales para la realización de la igualdad sustantiva.

No tenemos tiempo ahora para examinar con más detalle las diversas obligaciones relacionadas con los estereotipos. Lo que deseo destacar

38

es que estas obligaciones son vinculantes para los Poderes Judiciales y en consecuencia la magistratura debe abstenerse de estereotipar o, como ha explicado el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, los jueces y juezas deben tener cuidado de no crear estándares inflexibles de lo que deberían ser las mujeres o las niñas o lo que deberían haber hecho cuando se enfrentan a una situación de violación basada simplemente en nociones preconcebidas de lo que define a una víctima de violación o una víctima de violencia de género.

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han abordado a través de sus decisiones la utilización de estereotipos en el razonamiento judicial y sus efectos perjudiciales al momento de impartir justicia. Conocido por todas las personas presentes es el Caso Atala Riffo vs. Chile donde la Corte Interamericana afirmó que *“el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con*

*la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la familia tradicional)”* (párr. 140).

La principal tarea cuando hablamos de estereotipos en el razonamiento judicial consiste en identificar los estereotipos vigentes en la sociedad y que son el fundamento para normas jurídicas y prácticas donde los roles de hombres y mujeres están determinados de manera discriminatoria. Los jueces y juezas deben asegurarse de que los estereotipos no constituyan el cimiento de sus decisiones.

La ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, afirmó que jueces y juezas deben garantizar que sus decisiones judiciales no tengan como sustento *“estereotipos dañinos y menoscaban los derechos humanos de las mujeres y las niñas”, subrayando que la magistratura debe esforzarse por dismantelar aquellas nociones perjudiciales sobre qué “pueden” o “deben” hacer mujeres y hombres. En definitiva, nos invita a reflexionar para así “dejar de perpetuar ideas equivocadas de lo que las mujeres deberían o no deberían ser o hacer, basándose únicamente en el hecho de ser mujeres”.*

Sin duda el desafío para la magistratura es de gran envergadura y para alcanzarlo se hace indispensable buscar respuestas concretas a preguntas esenciales. Por ejemplo, ¿cómo logramos erradicar los estereotipos?, ¿cómo estructuramos un sistema de justicia, y en particular un sistema penal, que no juzgue en base a estereotipos de género?



## IV. Estereotipos y valoración de la prueba en materia penal: problematizar con la ausencia de la perspectiva de género en el derecho penal

A pesar de los avances en América Latina para enfrentar la violencia de género, aún es posible advertir cómo el contacto de las mujeres con los sistemas de justicia penal puede ser una experiencia negativa, ya sea por el actuar de los operadores y operadoras de justicia sin considerar la perspectiva de género o por la preeminencia de discriminaciones producto de la falta de capacitación. Como advertimos, en muchas ocasiones la intervención del sistema penal revictimiza a la mujer que denuncia, o la manera en que son conducidas las investigaciones obliga a las mujeres a exponer su vida privada o permitir pericias invasivas en las cuales se cuestiona la veracidad de su relato.

Los operadores y operadoras jurídicas al momento de conocer y tramitar un caso incorporan en sus acciones estereotipos y valoraciones de género, tales como la responsabilidad familiar, el trabajo, la relación con la familia, etc. Si tomamos como muestra los casos de agresiones sexuales resulta claro que durante el juicio se tienden a reproducir estereotipos y sesgos de género. Por ejemplo, se exige que la mujer agredida cumpla con una determinada posición en el proceso y con determinadas actitudes o características, ejemplos del concepto de “*víctima ideal*”. Así es posible observar casos donde la ausencia de consentimiento de la mujer víctima es puesta en duda cuando las características de la mujer agredida no se adecuan a lo que socialmente se considera como una mujer respetable, es decir cuando no cumple con dicho perfil de víctima ideal.

En el ámbito de la valoración de la prueba es donde efectivamente se presentan los mayores desafíos en torno a la utilización de sesgos, estereotipos y prejuicios asociados al género, que en esta ocasión me voy a permitir enunciar. Quiero enfatizar que en las reflexiones que mencionaré, mi interés es dejar planteadas ciertas preguntas y proponer algunos temas, ya que estimo que corresponde a la Academia abordarlos en profundidad, pues son parte de un debate más profundo que es menester realizar con la mirada de distintos especialistas del derecho.

a) Como ya observamos, una primera situación paradigmática se plantea en **aquellos casos de violencia sexual, más específicamente en casos de violación, en que la valoración de la prueba suele enfocarse en la historia sexual de la víctima**, como si fuera un elemento importante para dar fiabilidad a sus declaraciones, e incluso más, un historial de sexualidad activa puede llegar incluso a sugerir la existencia de consentimiento. Claramente en estas situaciones se reproducen sesgos de género para valorar cuestiones de credibilidad, que de alguna manera dicen relación con el estereotipo de la castidad femenina. Ése es el desafío, poner a prueba esas generalizaciones, discutir si están sustentadas en evidencias que se refieran a los contextos particulares en que se suscitan casos de violencia sexual.

b) También en el ámbito del derecho penal hay que lidiar, en ocasiones, con los llamados



“estereotipos benignos”, como el de la “buena madre” o que “las mujeres son buenas cuidadoras” –concepciones que, cabe destacar, provienen del supuesto de mujer ideal para la sociedad tradicional– y que no obstante su aparente inocuidad, también pueden generar discriminación y justificar situaciones de violencia en contra de las mujeres. Como lo han señalado distintas académicas, es posible encontrar diversos casos donde “cuando un niño o niña resulta severamente dañado o muere causa de violencia sufrida en el ámbito intrafamiliar por parte de su padre o de la pareja de la madre, la mujer sea imputada como cómplice del delito o autora del delito de omisión”.

El reproche se funda en el rol de cuidado que se atribuye a las mujeres y de garante del bienestar de sus hijos. El razonamiento que subyace es que si ella hubiera sido una “buena madre”, habría hecho todo lo necesario para impedir los ataques a sus hijos o se habría asegurado de que nada malo les ocurriera<sup>3</sup>.

En el **caso Ángela González Carreño vs. España, resuelto el año 2014 por el Comité CEDAW**, se analiza la violencia doméstica padecida por la Sra. González Carreño y su hija Andrea a manos de su marido y de la regulación del derecho de visita del padre. El Comité establece que la falta de una evaluación adecuada del contexto de violencia vivido por las víctimas, y la aplicación de una noción estereotipada del derecho de visita por parte de los órganos de justicia españoles, facilitó un contacto frecuente del padre con la niña, a pesar de su historial de violencia, lo que resultó en el asesinato de Andrea por su padre y

el posterior suicidio de éste. El Comité observó que “durante el tiempo en que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente tanto las autoridades judiciales como los servicios sociales y los expertos psicólogos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento de F.R.C.” (párr. 9.4).

Para el Comité, las decisiones tomadas en el sistema judicial español “reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en situación de vulnerabilidad” (párr. 9.4). Según el Comité, las autoridades no tuvieron en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica ni los efectos del uso de estereotipos en el proceso judicial, y cómo eso puede devenir en discriminación. En tal sentido el Comité destacó que “[...] los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica. En el presente caso, el Comité considera que las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado, aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia [...]”. En este caso el Comité CEDAW identificó claramente los estereotipos que fueron aplicados y en su decisión del caso recomendó al Estado “proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia

3 Hopp, Cecilia (2017) “Buena madre”, “Buena esposa”, “Buena mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación penal en Di Corleto, Julieta (Coord.) Género y justicia penal. Caba, Ed. Didot.

*doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la recomendación general núm. 19”.*

c) Un tema más general en esta misma línea se refiere a las **premisas actuales de valoración de la prueba y su validez a la luz de la perspectiva de género**. La académica chilena Daniela Acattino nos indicaba en un seminario en 2018 que en las facultades de derecho se enseña mucha dogmática, pero ocurre que **antes que conocedores del derecho, los jueces y juezas son conocedores de hechos, de realidades** y sabemos poco sobre cómo se razona sobre los hechos, de manera que cuesta comprender cómo esos sesgos a los que antes nos referíamos inciden en el razonamiento probatorio. Explicaba que una herramienta básica del razonamiento probatorio son las generalizaciones empíricas, lo que conocemos como “*máximas de la experiencia*”, que nos permiten valorar, por ejemplo, la credibilidad de un testigo. Sabemos, en general, de qué cosas depende la credibilidad (por ejemplo, a qué distancia se puede reconocer a una persona, cuánto tiempo un recuerdo puede permanecer en la memoria, etc.), y con todas esas herramientas los jueces y juezas pueden ir valorando un testimonio concreto. Pero como se trata de generalizaciones empíricas, puede que estén cargadas de prejuicios de género, que no sean válidos empíricamente. El caso del ciclo de la violencia intrafamiliar o doméstica es un buen ejemplo: por regla general, la permanencia de un testimonio es un indicio de credibilidad. Dicho de otra manera, si una persona cambia su versión durante el juicio, diríamos que ello perjudica su credibilidad; sin embargo, es posible que esa generalización no resulte aplicable frente

a un fenómeno peculiar como es la violencia de género, y en consecuencia, parece necesario establecer generalizaciones diversas. Como hay intereses contradictorios en la víctima (vínculo afectivo versus deseo de liberación), se producen tensiones que permiten explicar cambios de versión acerca de los hechos, por lo que ese dato debiera ser valorado con otra generalización más adecuada al contexto.

Otro aspecto que resulta recurrente y sobre el que mucho se ha discutido, es **el valor que se le debe dar a la declaración de la víctima en los procesos por violencia de género**, donde sabemos que muchas veces la única prueba es precisamente dicha declaración y donde debemos considerar como premisa que existe un problema de discriminación (de género) estructural en la base. En un seminario sobre derecho probatorio al que asistí recientemente, el investigador mexicano Raymundo Gama proponía tres sentidos posibles de la expresión “*creer a las mujeres*”: i) abandonar la incredulidad con que siempre se ha mirado la declaración de la víctima mujer, desmontando los estereotipos subsistentes; ii) buscar los mecanismos adecuados para poder considerar su declaración, desentrañando la verdad de lo ocurrido, aplicando las reglas generales; o, iii) derechamente entender que lo afirmado por ella, *prima facie* es verdadero, a menos que se pruebe lo contrario, siendo esta alternativa una que linda con la creación de una presunción. *Por supuesto en materia penal estas alternativas debemos evaluarlas en relación al estándar de prueba aplicable y a los principios del derecho penal, entre ellos el principio de inocencia, pero considerando esos factores, ¿es posible creerles a las mujeres que han sido víctimas de violencia de género? ¿Se plantean los y las juzgadoras estas preguntas y estas posibles opciones en su disquisición intelectual al ponderar la declaración de la víctima?*

d) Sobre este punto, la valoración de la declaración de la víctima, el Tribunal Supremo Español viene reiterando en su jurisprudencia que la ponderación de la prueba testifical depende sustancialmente de la percepción directa que de su producción hayan tenido los Tribunales de instancia. Así, la sola declaración de la víctima constituye prueba adecuada y suficiente para enervar la presunción de inocencia en los casos en los que la declaración se ve acompañada de una corroboración, cuando la mecánica de los hechos así lo permita.

La Sala Penal, en numerosas sentencias (como es la STS 1505/2003 de 13 de noviembre) establece unos criterios orientativos para que la sola declaración de la víctima pueda desvirtuar la presunción de inocencia, y éstos son:

a) **Ausencia de incredibilidad subjetiva**, derivada de las relaciones entre el declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) **Verosimilitud**, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte (en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110LECrim) o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) **Persistencia en la incriminación**, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado

que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de inveracidad (STS 787/2015 de 1 de diciembre)”. No obstante la interesante jurisprudencia que sienta el TSE en la materia, y nada más para problematizar, me permito hacer un breve alcance en relación a este último punto (de la persistencia en la incriminación), y es plantear que igualmente éste devela la clásica exigencia de “permanencia en el testimonio como indicio de credibilidad”, lo que supone una generalización, como sugería la profesora Accatino, que bien merecería ser reformulada para casos de violencia de género, por las consideraciones que analizamos y que dicen relación con los intereses contrapuestos en juego, que provocan tensiones que han de tenerse presente.

Por otro lado, el tribunal supremo español dictó en junio de 2019 una sentencia que sienta un criterio sobre cómo valorar la declaración de la víctima, afirmando que las dos direcciones en que se mueve el maltrato -falta de ayuda del propio entorno de la víctima y la presión que se ejerce por el entorno del agresor para que no denuncie- *“se convierten en una losa para la víctima cuando quiere denunciar y no encuentra ayudas, por lo que el retraso en la denuncia en estos casos no puede ser sinónimo de **duda de credibilidad por suponer una característica, cuanto menos extraña y especialísima, en esta criminalidad de género, y factor a tener en cuenta a la hora de analizar la declaración de la víctima**, ya que éste debe valorarse dentro de este contexto al que nos hemos referido, donde el sufrimiento que ha padecido la víctima ante los hechos de maltrato se ve incrementado por el sufrimiento ex post de la propia sociedad, de su entorno más directo, y del entorno del agresor. Ello provoca*

la doble victimización y hace comprensibles estas reacciones de negativas a denunciar... En este caso, sin embargo, la víctima se mantuvo en su relato y el Tribunal otorgó credibilidad a su relato expositivo” (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 04-07-2019. Rec. 10079/2019). Anteriormente, analizado otro caso el Tribunal Supremo Español había abordado la especial situación en que se encuentran las víctimas de violencia de género, y específicamente sobre su participación en el proceso judicial afirmó que “(...) las víctimas de hechos de violencia de género declaran en el plenario con una posición distinta a la de los testigos que ven los hechos... En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería **tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien ‘ha visto’ un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito** y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido...”. (STS 282/2018, 13 de junio de 2018), vale decir, le atribuye una condición de testigo cualificado.

**Los fallos anteriores son ejemplos de cómo un tribunal superior de justicia ha ido incorporando la perspectiva de género al momento de abordar los casos y especialmente para valorar la prueba reconociendo el contexto y la discriminación estructural que experimentan las mujeres.**

En relación a los temas señalados precedentemente, es importante tener presente, por

otra parte, que la Recomendación General N°33 del Comité de la CEDAW sobre “El acceso de las mujeres a la justicia”, emitida el 3 de agosto de 2015, se hace cargo de este tema en particular, e insta por adoptar mecanismos en relación al régimen probatorio, a fin de dar valor a la declaración de la víctima y recomienda a los Estados que apliquen “*mecanismos que garanticen que las normas probatorias, investigaciones y otros procedimientos probatorios jurídicos y cuasi judiciales sean imparciales y no estén influenciados por prejuicios o estereotipos de género*” (párr. 17 e).

Cabe destacar que en dicha Recomendación General el Comité subraya los obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder a la justicia de manera efectiva: “*esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres*” (párr. 3).

A través de la Recomendación General el Comité desarrolla una serie de recomendaciones para áreas específicas del derecho. Así, en materia penal insta a los Estados para que “*utilicen un criterio confidencial y con una perspectiva de género para evitar la estigmatización durante todas las actuaciones judiciales, incluida la victimización secundaria en casos de violencia, durante el interrogatorio, la reunión de pruebas y otros procedimientos relacionados con la investigación*” (párr. 51 c).

Recordemos en esta línea que, en el marco del Sistema Interamericano de derechos huma-

44

nos, la Corte IDH en el conocido **caso Campo Algodonero vs México** destaca el vínculo entre la violencia de género con el incumplimiento del deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la CADH. La Corte IDH reconoció que hay una conexión entre la discriminación y la violencia y afirmó que el uso de estereotipos, sumado a la inacción estatal en la investigación, tuvo como consecuencia la impunidad. En concreto, las autoridades estatales mexicanas minimizaron hechos y desacreditaron las denuncias de los familiares de las víctimas bajo el pretexto de que aquellas eran ‘muchachitas’ ‘voladas’ o que ‘andaban con el novio’. La Corte IDH afirmó que **la discriminación contra la mujer se agrava cuando aquellos estereotipos “se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial”**, lo que reproduce la violencia de género y constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia (párr. 400-401).

En definitiva, una importante tarea en la batalla contra los estereotipos consiste en identificarlos, en desenmascarar aquellos vigentes, por lo tanto es necesario que la magistratura haga explícitos los estereotipos en la argumentación y fundamentación del caso para que una vez identificados puedan ser rebatidos.

A propósito del desafío que implica incorporar la perspectiva de género para así derribar estereotipos en la resolución de investigaciones criminales, importante es la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en el caso “A.B.N s/Homicidio agravado s/ Casación”, uno de los casos que será analizado en los talleres de esta tarde y del cual no quiero adelantar ningún juicio, salvo señalar que lo que hizo el Tribunal Supremo al aplicar la perspectiva de género en la dictación de esta sentencia, significó absolver a una mujer que hasta ese momento había sido víctima de una violencia sistemática y permanente.

## V. Caso de Chile: Jurisprudencia Cayuhan

Para finalizar, quisiera agregar brevemente cómo la diversidad de los movimientos de mujeres contemporáneos fueron poniendo en el tapete la necesidad de reconocer que en ocasiones pueden converger o superponerse en una persona múltiples formas de discriminación, ya sea por razones de discapacidad, origen étnico, identidad de género, orientación sexual u otros factores, cuestión que configura una situación especial, que no tiene una respuesta adecuada si se considera únicamente alguna de esas condiciones por separado, sino que deben apreciarse conjuntamente, lo que obliga a adoptar medidas especiales para evitar la violación de sus derechos humanos. El reconocimiento de esta realidad ha dado origen al concepto de **discriminación interseccional** que anunciaba al iniciar mi intervención. El enfoque interseccional aparece en forma muy evidente en el caso de Lorenza Cayuhan, el cual quisiera comentarles hoy. A fines de 2016, una mujer con 32 semanas de embarazo y con diagnóstico de preclamsia fue trasladada a través de diversos centros médicos a fin de que fuera atendida y pudiera dar a luz a su hija. En ese momento esta mujer, Lorenza Cayuhan, perteneciente a la etnia mapuche, tenía 31 años y se encontraba privada de libertad cumpliendo una condena de 5 años y 1 día por el delito de robo con intimidación en la zona de Arauco. Mientras fue trasladada a los distintos centros médicos y cuando estaba en trabajo de parto, permaneció engrillada y permanentemente custodiada por personal de Gendarmería,

uno de cuyos funcionarios estuvo presente, incluso, durante el parto.

La Sala Penal de la Corte Suprema chilena señaló que en este caso hubo discriminación por ser mujer y mapuche y aplicó el derecho internacional: la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém Do Pará) y consideró, respecto del actuar de Gendarmería, que “(...) *en este caso se adoptaron medidas de seguridad para el traslado de una interna en razón de su pertenencia a una comunidad mapuche, y que si no concurriera esta cualidad adscrita en la amparada, no se habrían implementado (...) que así las cosas, se estima que en el caso sub judice hay una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, donde se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues ésta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hija, todo ello, en contravención a la normativa nacional e internacional vigente en la materia*”.

El caso de Lorenza nos permite visibilizar cómo opera la interseccionalidad, tema que ha sido ampliamente analizado por el derecho internacional de los derechos humanos. Nótese que el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) ha

46

especificado las diferencias entre la discriminación racial que afecta a hombres y mujeres: “El Comité toma nota de que la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a los hombres en igual medida ni de la misma manera. Existen circunstancias en que afecta únicamente o en primer lugar a las mujeres, o a las mujeres de distinta manera o en distinta medida que a los hombres. A menudo no se detecta si no se reconocen explícitamente las diferentes experiencias de unas u otros en la vida pública y privada...”. El caso de Lorenza nos invita a reflexionar sobre la situación de las mujeres criminalizadas por el derecho penal, no podemos abordar el significado e impacto del derecho penal en la vida de las mujeres sin considerar los problemas que experimentan las mujeres privadas de libertad.

En el caso de Lorenza, la Corte Suprema chilena determinó, además de lo que ya se ha

señalado, que “(...) no puede dejar de observarse que la vulneración de derechos en que Gendarmería de Chile ha incurrido en contra de la amparada, como ha sido demostrado, constituye un acto de discriminación en su condición de mujer, pues el trato recibido por ésta por parte de los agentes estatales desconoció dicho estado de vulnerabilidad y, por ende, de necesidad de protección en circunstancias que, desde una perspectiva de igualdad de género, se debió haber tomado en consideración la situación particular que experimentaba al acercarse el proceso de parto –más aún en las difíciles circunstancias de salud y privación de libertad en que se desarrolló– como, por otro lado, la especial significación vital para ella del mismo, sobre todo dentro de la comunidad mapuche a la que pertenece(...)”.



## Cierre

Todo lo dicho ejemplifica cómo nos encontramos en un momento clave para los derechos de las mujeres. Las desigualdades históricas y estructurales que han permitido su discriminación están siendo visibilizadas como nunca antes y en ello las mujeres argentinas han sido figuras clave. No solo han llevado a cabo importantes reformas legales en diferentes ámbitos, sino que han ido empujando el ejercicio de la jurisdicción bajo una mirada innovadora. En particular, en la judicatura, tenemos figuras notables como la de la Ministra Carmen Argibay y de la doctora Highton que han liderado procesos en conjunto con otras mujeres de la región. En el ámbito judicial particularmente, quisiera destacar el ejemplo que la Ministra Carmen Argibay determinó para muchas generaciones de mujeres interesadas en el ámbito judicial, tanto en este país como en el resto de Latinoamérica. Fue ella, en conjunto con otras mujeres ministras de la región, quienes contribuyeron a sentar las bases para plantear la necesidad de incorporar la perspectiva de género en los Poderes Judiciales, como asimismo, en el espacio de cooperación que constituye la Cumbre Judicial Iberoamericana, en cuya estructura fue creada el año 2014 la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia.

La inclusión de la perspectiva de género en la administración de justicia es una herramienta que busca dar soporte permanente y claro a las decisiones judiciales para así lograr fallos libres de sesgos y estereotipos, y garantizar

de manera efectiva el acceso a la justicia para todas las mujeres.

La incorporación de la perspectiva de género permitirá a la función judicial interiorizar el respeto por los derechos humanos de las mujeres y de igual manera conducirá al mejor cumplimiento de los compromisos internacionales que los Estados han adquirido, de manera de contribuir, desde el ámbito de nuestras competencias, a la construcción de una sociedad más justa.

Para finalizar, es importante señalar que este enfoque no compromete la imparcialidad ni la independencia de quienes imparten justicia, ya que no se está proponiendo, en ningún caso, decidir el proceso a favor de las mujeres, sino, cosa distinta, buscar mecanismos metodológicos que permitan a magistrados y magistradas reconocer y considerar si se está frente a un caso en que existe una discriminación de género, visibilizar los estereotipos que contribuyen a perpetuar la desigualdad, analizar su particular condición a la luz de las normas jurídicas nacionales e internacionales pertinentes y garantizar que sea objeto de un tratamiento que permita el acceso efectivo a la justicia.

**Muchas gracias.**





INFORME EN DERECHO\*

# Igualdad, no discriminación y género en el derecho internacional de los derechos humanos

CLAUDIA SARMIENTO RAMÍREZ\*\*

**\*Informe en Derecho elaborado durante el año 2018 a solicitud de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial, dentro del marco del proyecto que busca identificar la forma en que se manifiesta el principio de igualdad de género en su aspecto formal, material y estructural, en la normativa y en la jurisprudencia nacional chilena, a solicitud del Pleno de la Corte Suprema en AD-870-2018.**

**\*\*Informe elaborado en coautoría con Elisa Walker Echenique.**



# Contenidos

## PÁGINA 53

### **I. La noción de igualdad en el marco de la definición de justicia en la filosofía política contemporánea**

- a. John Rawls y la teoría de la justicia como imparcialidad
- b. Martha Nussbaum y el enfoque de las capacidades
- c. Iris Marion Young y las estructuras de opresión
- d. Nancy Fraser y la discusión entre distribución y reconocimiento

## PÁGINA 69

### **II. Género como categoría de análisis**

## PÁGINA 71

### **III. La igualdad y la prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos**

- a. Contexto histórico
- b. Concepto y clasificación
- c. Cláusulas autónomas y subordinadas
- d. Cómo se constata la existencia de una discriminación
- e. Situación de la discriminación interseccional
- f. Acción afirmativa e interpretación conforme con la igualdad

## PÁGINA 94

### **IV. Cumplimiento de las obligaciones de los tratados internacionales de derechos humanos y el control de convencionalidad**

## PÁGINA 103

### **V. Evolución histórica e incorporación de la igualdad y la prohibición de discriminación en la legislación doméstica**

- a. Cuadro comparativo de legislaciones chilenas que promueven el principio de igualdad con enfoque de género
- b. Regulación sobre Acoso Sexual
- c. Regulación que incluye criterio de paridad en el sistema electoral proporcional



# I. La noción de igualdad en el marco de la definición de justicia en la filosofía política contemporánea

El principio de igualdad es un elemento fundamental del derecho constitucional, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho de familia, entre otros. Su contenido y ámbito de aplicación no ha sido estático a lo largo del tiempo, sino que se ha ido tornando más complejo y ha sido enriquecido con discusiones que no son estrictamente jurídicas. Su desarrollo se sustenta, en términos generales, en la evolución de los debates de las ciencias sociales y, en particular, en el cambio de paradigma sobre el que se construye la noción de igualdad desde el ámbito de la filosofía política.

En lo sucesivo se analizará la evolución que ha tenido la noción de igualdad en la filosofía política contemporánea. En primer lugar, y dada su importancia en la consolidación de las bases de la filosofía política contemporánea, se revisará la noción de igualdad en el trabajo desarrollado por John Rawls titulado “Teoría de la Justicia”. A su vez, este documento es representativo de lo que podemos llamar y entender como aquella noción de igualdad que se enfoca en la redistribución, y que prescinde del análisis de fenómenos sociales, políticos y culturales desde un punto de vista de las teorías del reconocimiento, las que consideran el trato diferenciado entre personas de una misma sociedad más allá de las consideraciones de acceso a la riqueza o poder económico.

El trabajo de John Rawls será contrastado con el pensamiento de diversos filósofos que cuestionan esta noción formalista como sus-

tento para organizar una sociedad en términos políticos. Desde diferentes paradigmas, se ha criticado el trabajo de Rawls ya que su noción de sociedad bien organizada no sería capaz de cumplir uno de sus principales propósitos, esto es, la promoción de las personas en un plano de igualdad, justamente por la prescindencia en su teoría (intencionada al considerarse como una teoría ideal) de los factores sociales y culturales que inciden en el desarrollo de las personas más allá de la obtención de riqueza. En este contexto, se revisará el trabajo de Martha Nussbaum como filósofa, quien es capaz de identificar las deficiencias de los presupuestos de Rawls, junto con sugerir criterios de análisis para el desarrollo de un nuevo paradigma de justicia basado en las capacidades. A su vez, se presentará el trabajo desarrollado por Iris Marion Young, el que cuestiona la Teoría de la Justicia de Rawls, planteando su postura desde la noción de estructuras de opresión y la promoción de la teoría del reconocimiento. Finalmente, se hace presente el trabajo de Nancy Fraser, quien busca conciliar la noción de reconocimiento y redistribución, subrayando cómo la redistribución de la riqueza puede generar efectos positivos en el reconocimiento, conectando de esta forma dos nociones de justicia que para otros autores se contraponen.

### a. John Rawls y la teoría de la justicia como imparcialidad

La noción de igualdad tiene una importante presencia en el trabajo del filósofo John Rawls. Este autor publicó por primera vez en el año 1971 el libro titulado *Teoría de la Justicia*, y desde esa fecha el texto ha sido lectura obligatoria para quienes se dedican a estudiar la filosofía política contemporánea<sup>1</sup>.

A grandes rasgos, el presupuesto básico es plantear una noción de justicia como imparcialidad, es decir una teoría generalizada y abstracta que usa como herramienta metodológica la creación de un contrato social. El pacto social no se genera sobre la base de las realidades de las personas que lo suscriben, sino que se desarrolla bajo un procedimiento en el que las personas son llamadas a crear un acuerdo original sobre los principios de justicia. Este acuerdo se logra bajo la restricción de información por parte de los participantes. Esta restricción permite la adopción de principios justos ya que, según el propio autor, los mismos no serán definidos en base a regateos políticos o cálculos de intereses sociales. En otras palabras, la noción de justicia de Rawls deja fuera los conflictos de intereses de las personas que les impide ser indiferentes frente a la distribución de recursos en una sociedad. Esa protección de intereses desvirtuaría el establecimiento de un sistema justo, y por lo mismo, se impone que las personas desconozcan información relevante sobre sus propias vidas.

Existen otros presupuestos que son significativos. Rawls parte de la base que un sistema de justicia debiese promover la cooperación social de forma tal que la interacción entre los suje-

tos permite la promoción del bienestar de los mismos. A su vez, la Teoría de la Justicia no se aplica a todo tipo de organización social, sino que busca regular solo las instituciones básicas de la sociedad, definiendo la distribución adecuada de beneficios y cargas de la cooperación social. En este sentido, se considera a sí misma como una concepción pública de justicia que promueve la amistad cívica y permite una asociación humana bien ordenada<sup>2</sup>. En esta misma línea, la noción de justicia de Rawls no pretende regular decisiones o acciones particulares, juicios o imputaciones personales, sino que la justicia social se define a través del diseño de las estructuras básicas de la sociedad.

Esta estructura básica social es catalogada como el conjunto de las grandes instituciones sociales que distribuyen derechos y deberes fundamentales, y el autor nombra específicamente la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales como integrantes del mismo, las que incluirían la libertad de pensamiento, la competencia mercantil, la propiedad privada de los medios de producción y la familia monógama. Todas estas disposiciones económicas o sociales influyen en las perspectivas de vida de las personas y, por lo mismo, Rawls promueve su regulación. El acceso o falta de acceso de una persona a la propiedad privada puede condicionar su proyección de vida; el ser parte en una familia que tiene una posición relevante en la sociedad, o una nula posición social, también determina las expectativas de vida de las personas e influye en el desarrollo de su futuro. Lo anterior da cuenta que en las sociedades el mérito no es un elemento que determine tu futuro y, por lo mismo, es fundamental regular las oportunidades iniciales en la vida para promover el bienestar de las personas bajo este esquema

1 Rawls, John. "Teoría de la Justicia". Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2000.

2 *Ibid.*, pp. 18-19.

de cooperación, generando espacios para el desarrollo de los talentos naturales, pero también nivelando ciertas desigualdades.

La estructura básica social podría satisfacer la noción de justicia como imparcialidad en la medida que se organice bajo los dos principios de la justicia que elegirían las personas en una posición de igualdad. Los dos principios de justicia propuestos por Rawls son los siguientes:

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

La noción de igualdad se manifiesta en diversos elementos que conforman la teoría de Rawls.

El primer elemento que da cuenta de la importancia de la igualdad dentro de un sistema de justicia, es la configuración de la posición original, que es aquel escenario en el que las personas elegirían los dos principios de la justicia. Rawls plantea que los dos principios de justicia sería elegidos mediante un ejercicio hipotético en la medida que las personas se encuentren en una posición inicial de igualdad. Esta posición original de igualdad sería equivalente a lo que los contractualistas clásicos definían como el estado de naturaleza<sup>3</sup>.

Rawls plantea que un cúmulo de información que debe ser desconocida para las personas

que se encuentran en la posición original para asegurar esta pretendida igualdad inicial, nombrando en forma específica las categorías que la componen. Entre los rasgos esenciales que deben ser ignorados, se nombra la prohibición de que las personas conozcan su lugar en la sociedad, su posición o clase social. También se hace mención a que no se debe conocer la distribución de ventajas y desventajas en cuanto a sus capacidades naturales como la inteligencia o destrezas. Las personas no conocerían su propia noción del bien y tampoco sabrían a qué generación pertenecen<sup>4</sup>. Esta restricción de información es conocida como el velo de la ignorancia y asegura que las personas no elijan principios de justicia que favorezcan sus condiciones particulares, sino que sean beneficiosas para todos, sin importar su realidad particular. En este sentido, y para resaltar la importancia de la igualdad, Rawls señala que una sociedad que aplique los principios de la justicia en su estructura social básica, permitirá que las personas que participan de la misma cooperen en condiciones que consentirían si fuesen personas libres e iguales cuyas relaciones entre sí fuesen equitativas.

En segundo lugar, la noción de igualdad cumple otro rol significativo en la teoría de justicia como imparcialidad y su construcción de la posición original, esta vez en el sentido de que todas aquellas personas que participan de dicha instancia hipotética, son iguales porque todos tienen los mismos derechos dentro del procedimiento para escoger los principios de la justicia. Todos pueden hacer propuestas para definir los principios, pueden opinar sobre su pertinencia, ventajas y desventajas, y finalmente todos participan de su elección. Según Rawls, esta igual capacidad para definir los principios de justicia es el reconocimiento de la igualdad

3 *Ibid.*, p. 25.

4 *Ibid.*, p. 136.



entre todos los seres humanos en tanto sujetos morales, como reflejo de la capacidad de las personas de tener su propia concepción de lo bueno y tener un sentido de justicia<sup>5</sup>.

En tercer lugar, la igualdad no es únicamente relevante para efectos de cumplir con la metodología propuesta por Rawls en cuanto a definir los dos principios de la justicia, sino que también es significativa en el contenido de los dos principios de la justicia. Tal como se señaló con anterioridad, el primer principio consiste en que “[c]ada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.” Las libertades básicas no son genéricas, sino que el autor hace una enumeración de las mismas, incluyendo la libertad de expresión, reunión, conciencia y pensamiento, derecho a la propiedad individual, entre otras. Lo importante es que Rawls plantea que estas libertades tienen que ser iguales y la protección de las mismas tiene preeminencia bajo su esquema de justicia como imparcialidad, ya que el autor señala que existe un orden serial entre los dos principios de justicia, y que el primer principio de la justicia tiene aplicación prioritaria sobre el segundo, en el sentido de que una sociedad bien organizada no puede justificar restricciones al primer principio de justicia, es decir, a un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas, en función de favorecer la aplicación del segundo principio<sup>6</sup>. En otras palabras, las libertades básicas iguales protegidas por el primer principio no pueden afectarse por razones de distribución de ingresos y riquezas. Otro aspecto relevante es que el único fundamento aceptable para restringir las libertades básicas que han sido

reconocidas en forma equitativa, es que dicha limitación es necesaria para permitir que las libertades no interfieran unas con otras.

Finalmente, la noción de igualdad también está presente en la construcción del segundo principio de justicia, denominado “principio de la diferencia”. Este principio corresponde a la idea de que “[l]as desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que, a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”. Este principio se aplica a la distribución de ingresos y riquezas en la sociedad y es considerado por Rawls como una interpretación democrática del principio de igualdad de oportunidades<sup>7</sup>. Esta idea de igualdad en los derechos es relevante porque no busca asegurar una igualdad real entre las personas que pretenda su homogeneidad. El propio Rawls señala que los dos principios de justicia y, en particular, el principio de la diferencia, tienen por finalidad asegurar una igualdad de oportunidades en la sociedad, lo que no implica tener una teoría de pretenda compensar aquellas desigualdades inmerecidas, como sería el caso de las desigualdades de nacimiento o los dotes naturales. En otras palabras, el principio de la diferencia no exige que una sociedad nivele las desventajas esperando que las personas compitan una carrera sobre una base equitativa, sino que considera la distribución de los talentos naturales como un acervo común (no como un elemento de meritocracia) y en ese sentido, establece que aquellos que han sido favorecidos con los mismos, los puedan desarrollar y explotar en la medida que beneficien a los no favorecidos<sup>8</sup>. En definitiva, esta noción de igualdad no busca eliminar las distinciones,

5 *Ibid.*, p. 31.

6 *Ibid.*, p. 69.

7 *Ibid.*, p. 80.

8 *Ibid.*, p. 104.

sino que los talentos naturales y contingencias sociales que benefician a algunos, se puedan desarrollar en la medida que mejoren también la vida de los menos favorecidos.

A pesar de que la noción de igualdad cumple un rol importante en la teoría de la justicia de Rawls, para muchos autores los planteamientos de este filósofo tienen limitaciones significativas que impactan negativamente en esta noción de igualdad. Algunos hacen observaciones compartiendo un trasfondo común, como la mirada liberal de la justicia y otros derechamente se distancian de esos planteamientos para promover una idea de igualdad más sustantiva.

#### **b. Martha Nussbaum y el enfoque de las capacidades**

Existen una serie de elementos comunes entre la teoría de justicia desarrollada por Martha Nussbaum y John Rawls. Ambos se definen como filósofos liberales que desarrollan sus teorías tomando en cuenta sociedades pluralistas donde pueden convivir distintas concepciones de justicia. Esto último tiene su mejor expresión en la idea del consenso traslapado, entendiendo por tal aquel acuerdo al que pueden llegar las personas acerca de un núcleo moral que sea reconocido por todos, pero que permita una convivencia con las diversas concepciones metafísicas del mundo, ética o religiosa o incluso sobre la naturaleza humana<sup>9</sup>. De esta forma, identifican diversos elementos que configuran la definición de cual debiesen ser las bases del mínimo social que se deben asegurar a todas las personas<sup>10</sup>.

Esta filósofa se detiene a revisar la noción de igualdad que sirve como presupuesto en el trabajo de Rawls. Destaca que la proposición de un contrato social que se sustenta, dentro de otros elementos, en la igualdad, es reflejo de las teorías contractualistas clásicas, las que sostienen que las partes de una negociación deben encontrarse en una posición de relativa igualdad<sup>11</sup>. En relación con esta materia, Nussbaum señala que la noción de igualdad debería estar compuesta de dos elementos. Por un lado, la igualdad moral. Por otro lado, la igualdad aproximada de recursos y poderes. La autora indica que una de las grandes deficiencias de la teoría contractualista clásica es que generalmente se enfoca en la noción de igualdad como igualdad moral, sin atender al impacto que la distribución de poderes y recursos genera en la concreción de la igualdad. En este sentido, reconoce que uno de los grandes logros de la Teoría de la Justicia de Rawls es justamente entender y explicar en forma crítica que las desigualdades naturales de poderes y capacidades generan diferencias entre las personas, y que las mismas desarrollan en los hechos, un trato desigual entre los seres humanos en áreas moralmente esenciales de la vida humana<sup>12</sup>. En definitiva, Rawls hace un claro reconocimiento a la doble composición de la noción de igualdad y dicho reconocimiento queda plasmado con claridad en la consagración de los dos principios de la justicia, ya que es posible señalar que el primer principio de justicia atiende a esa idea de igualdad desde el punto de vista moral y el segundo a la idea de igualdad vinculado al reparto de recursos y poderes. A pesar de lo anterior, Nussbaum —al igual que Amartya Sen— identifica en el acto de redistribución una acción insuficiente para

9 Nussbaum, Martha. “Women and Human Development. The Capabilities Approach”. Cambridge University Press, 2008 p. 77.

10 *Ibid.*, p. 75.

11 Nussbaum, Martha. “Las Fronteras de la Justicia”. Barcelona, Paidós, 2012, p. 48.

12 *Ibid.*, p. 49.



soslayar las condiciones que Rawls trata de superar. En este sentido, encuentra en el concepto de capacidades una dimensión de donde los bienes primarios permiten a los individuos desarrollar determinados talentos que les permiten trascender a los factores que, ella y Rawls, caracterizan como arbitrarios, como la posición social o los talentos naturales, entre otros.

Tomando en cuenta los elementos críticos planteados, Nussbaum propone una teoría de derechos básicos para los seres humanos, los que deben ser respetados y aplicados por todos los gobiernos, ya que, según la propia autora, éstos constituirían un requisito mínimo de respeto a la dignidad humana. De esta forma, si las capacidades reconocidas por Nussbaum no son respetadas, las personas no podrían funcionar de un modo “auténticamente humano”, lo que explica también porqué el respeto a las capacidades exige tratar a las personas como fines en sí mismos y no como medios para satisfacer

fines de otros<sup>13</sup>. Asimismo, la idea de que la falta de cumplimiento de estas capacidades impide que las personas puedan comportarse de un modo auténticamente humano, justifica el llamado de la propia autora a los países a no quedarse con estos mínimos planteados por ella, sino que a tratar de superarlos para promover el pleno desarrollo de las personas.

La teoría propuesta por Nussbaum plantea una lista de capacidades que son centrales para el desarrollo humano y que deben ser promovidas con el afán de lograr vivir en un sistema político más justo. Estas son (1) la vida; (2) la salud física; (3) la integridad física; (4) sentidos, imaginación y pensamiento; (5) emociones; (6) razón práctica; (7) afiliación; (8) otras especies; (9) capacidad para jugar y (10) control sobre el entorno de cada uno<sup>14</sup>. En este informe no se hará una revisión en detalle de cada una de las

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>14</sup> Nussbaum, Martha. “Women and Human Development. The Capabilities Approach”. Op. cit., p. 75.

capacidades, pero sí se ilustrará el contenido de alguna de éstas para dar cuenta de las mismas.

En el caso de la integridad física, la autora la define como la posibilidad de poder moverse libremente de un lugar a otro y estar protegido de asaltos violentos, ambos elementos constituyen la noción tradicional o convencional de integridad corporal. No obstante, también agrega el estar libre de asaltos sexuales, de la violencia doméstica y disponer de oportunidades para la satisfacción sexual y la elección de cuestiones reproductivas. En cuanto al control sobre el propio entorno, éste se compone de un factor político y otro material. El primero, dice relación con poder participar en forma efectiva en elecciones políticas, poder tener participación política y la libertad de expresión y asociación. El segundo, consistiría en poder disponer de propiedades (tanto bienes muebles como inmuebles), ostentar los derechos de propiedad en un plano de igualdad y poder buscar trabajo en un plano de igualdad con los demás<sup>15</sup>.

A su vez, es importante tener presente que la conformación del mismo se caracteriza por lo siguiente: las capacidades descritas constituyen elementos que son esenciales de la vida humana, en los que algunos de éstos tienen un correlato con ingresos y riquezas, pero otros no. Un ejemplo que da la autora como elementos que están integrados a las capacidades y que no tienen necesariamente un correlato con los ingresos y riqueza, son las libertades políticas o la calidad de las relaciones raciales o de género. En esta misma línea, Nussbaum destaca que en las capacidades confluye el equilibrio de intereses que permitiría, a modo de ejemplo, afirmar que en una sociedad que aspira a

la justicia, no se debiera renunciar a la salud emocional o a la promoción del auto-respeto cuando se busca mejorar las oportunidades de empleo o mejorar los índices de salud<sup>16</sup>.

Los planteamientos de la autora sobre el contenido de las capacidades dan cuenta que su noción de bienestar, que se sustenta en una idea de igualdad en la que concluyen la igualdad desde el punto de vista moral, pero también de acceso a poder y recursos, es diferente a la planteada por Rawls. Éste analiza en detalle las posibilidades de desarrollo de las personas partiendo por el reconocimiento de una gran diversidad de talentos naturales que no se puede pretender homogeneizar, pero sí se puede permitir su desarrollo y explotación en la medida que beneficie a los más desfavorecidos de la sociedad. De alguna forma, se desprende una noción más estática de los talentos naturales: las personas tienen o no talentos naturales como si fuera algo dado por la naturaleza, en los que no existiese mayor injerencia humana. Pero Nussbaum plantea algo diferente, el desarrollo de las personas y sus capacidades, depende también de las preferencias de las mismas y de las metas a las que pueden aspirar. La autora agrega un elemento adicional de análisis, ya que postula que estas preferencias o metas muchas veces son moldeadas por la sociedad, es decir, no se definen en forma individual, sino que las circunstancias sociales pueden determinar su ámbito de aplicación. Este fenómeno tendría como principal característica la existencia de “preferencias adaptativas”, consistentes en que los planes de vida de las personas son el resultado de decisiones basadas en el temor, en el *status quo* o en las bajas expectativas que tienen sobre sus propias posibilidades de de-

15 Nussbaum, Martha. “Las Fronteras de la Justicia”. Op. cit., p. 88.

16 *Ibid.*, p. 85.

sarrollo<sup>17</sup>. De esta manera, es importante hacer una evaluación crítica de dichas expectativas de vida, ya que es posible que las mismas no sean planteadas de forma “auténticamente autónoma”<sup>18</sup>. Esto da cuenta que el reconocimiento de habilidades de las personas y el desarrollo de las mismas no es algo neutro y estático, sino que se ve impactado directamente con la visión que la sociedad tiene sobre aquellas y sus posibilidades de desarrollo. Por lo mismo, una sociedad que promueve el tratamiento de las personas como un fin en sí mismo, como sujetos dignos de desarrollo, debe dar cuenta de estas limitaciones sociales para superarlas y promover la explotación de las capacidades.

Es posible identificar ejemplos en nuestro país que permiten ilustrar el problema de las preferencias adaptativas. Es una realidad la resistencia o falta de interés que existe por parte de las niñas y adolescentes de estudiar carreras STEM (ciencia, tecnología, ingeniería, matemáticas). Un reporte de Comunidad Mujer indica que en el sistema educacional chileno existe una presencia significativa de hombres y mujeres por lo que no hay brechas de género en cuanto al acceso a ningún nivel de enseñanza, pero esto no quiere decir que no exista otro tipo de brechas. De esta manera, se identifica una significativa segregación en áreas del conocimiento que dicen relación con las carreras STEM, las que serían altamente masculinizadas<sup>19</sup>. Esto ha llevado a universidades

a aplicar distintas medidas de promoción, ya sea con la creación de cuotas o el desarrollo de programas escolares que buscan captar el interés de niñas y adolescentes para que postulen a carreras de estas áreas de estudio.

Si se toma en cuenta la noción de preferencias adaptativas, es posible plantear la existencia de elementos culturales como factor de análisis para evaluar la masculinización de las carreras STEM. En este sentido, la falta de postulación de mujeres a las carreras STEM no se debería a que no tengan las capacidades requeridas (talentos naturales bajo la lógica de Rawls), sino que podría deberse a las metas que la sociedad promueve para las mujeres, en las que existe una alta expectativa de que ellas realicen labores de cuidado, las que se ven reflejadas en carreras profesionales con mayor vinculación a esas áreas (educación, salud, etc.) o también se puede deber a la existencia de sistemas educativos que construyen estereotipos en los que el mundo de las ciencias es construido como un ámbito masculinizado.

Otro ejemplo que permite ilustrar el problema que generan las preferencias adaptativas, y que tienen directa relación con el rol de los tribunales de justicia, son los fenómenos de violencia contra las mujeres. El fenómeno de la violencia doméstica contra la mujer o violencia intrafamiliar es un ejemplo de fácil comprensión. El Sistema AUPOL ha indicado que de un total de 3.033 denuncias sobre violencia intrafamiliar registradas el año 2015, 2.380 correspondían a casos en que la víctima era mujer, y 653 en que la víctima era hombre<sup>20</sup>. Es decir, el 78% de las denuncias por violencia intrafamiliar son casos en que las víctimas son mujeres. Es importante tener presente que las denuncias

17 Nussbaum, Martha. “Women and Human Development. The Capabilities Approach”. Op. cit., p. 114.

18 Las comillas son responsabilidad del informe.

19 Comunidad Mujer. “Mujer y trabajo: Brecha de género en STEM, la ausencia de mujeres en Ingeniería y Matemáticas”. Diciembre de 2017. Disponible en: [http://www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2017/12/BOLETIN-42-DIC-2017-url\\_vf.pdf](http://www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2017/12/BOLETIN-42-DIC-2017-url_vf.pdf)

20 Reporte disponible en: <http://www.seguridadpublica.gov.cl/estadisticas/datos-por-sexo-y-edad/>

realizadas no reflejan el universo de casos de violencia intrafamiliar en el país. La tercera encuesta de victimización realizada el 2017 por la Subsecretaría de Prevención del Delito, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública da cuenta de los bajos índices de denuncia en el marco de la violencia intrafamiliar. Dicha encuesta señala que solo un 23% de los casos de violencia psicológica son denunciados, un 37% en el caso de la violencia física y un 23% en el caso de la violencia sexual. Asimismo, identifican los principales motivos que esgrimen las propias víctimas para justificar la resistencia a realizar una denuncia, las que incluyen la consideración de que el hecho de violencia no fue algo serio y, por lo mismo, no se estima necesario hacer la denuncia. También se señala la expectativa de que las cosas mejoren y, probablemente, la denuncia se consideraría en ese contexto como un elemento que no ayudaría a que la relación mejore. Finalmente, las víctimas señalan que no denuncian por miedo o por vergüenza del hecho de vivir episodios de violencia intrafamiliar<sup>21</sup>. Estudiar esta información a la luz de la noción de preferencias adaptativas, permite hacerse preguntas que complementan las razones de las víctimas para no denunciar. En este sentido, es posible que la sensación de miedo, vergüenza o necesidad de tolerar la violencia intrafamiliar no sea reflejo de una posición netamente individual o particular, sino que también son expresiones que dan cuenta de las expectativas que la sociedad construye sobre las mujeres, en especial a su rol de cuidado de la vida doméstica o familiar, lo que muchas veces las lleva a tolerar situaciones de violencia porque se normalizan, ya

que se entienden parte de la vida conyugal o el ejercicio de las mismas de comprender como una carencia de las propias mujeres (la idea de que algo deben haber hecho mal para estar sometidas a la violencia intrafamiliar, sin analizar mayormente las dificultades para salir de esos círculos de violencia).

El caso de la violencia intrafamiliar y la dificultad que existe por parte de las mujeres de denunciar el hecho de ser víctimas de la misma, explica por qué Nussbaum señala que uno de los grandes problemas de las preferencias adaptativas consiste en que la misma genera una falta de comprensión por parte de las personas de considerarse a sí mismas como sujetos que tienen derechos que están siendo violados<sup>22</sup>.

### c. Iris Marion Young y las estructuras de opresión

El trabajo de Martha Nussbaum da cuenta de una teoría de justicia que se sustenta en una noción de igualdad que se compone del elemento moral y distributivo, entendiendo este último elemento no solo como la obtención de riqueza, sino que también de poder. Es un trabajo que se diferencia de la Teoría de Justicia de Rawls, pero que comparte cimientos filosóficos comunes que son identificados por la propia autora.

A continuación, se revisará el trabajo de Iris Marion Young, el que, según la propia autora, se distancia tajantemente de teorías redistributivas (considerando la teoría de la justicia de Rawls como redistributiva). En lugar de fijar la preocupación en la redistribución, esta autora señala que debiese definirse como foco de aná-

21 Subsecretaría de Prevención del Delito, Ministerio de Interior y Seguridad Pública. “Tercera encuesta nacional de violencia intrafamiliar contra la mujer y delitos sexuales. Presentación de resultados”. Disponible en: <http://www.seguridadpublica.gov.cl/media/2018/01/Resultados-Encuesta-VIF.pdf>

22 Nussbaum, Martha. “Women and Human Development. The Capabilities Approach”. Op. cit., p. 84.

62

lisis la opresión y dominación. Esto no quiere decir que no considere que la distribución de bienes es una materia relevante de análisis, pero indica que el concepto de distribución o redistribución debería ser limitado a los bienes materiales. Aclara esto porque Rawls en su teoría de la justicia señala que el segundo principio de la justicia no se limita a la distribución de bienes materiales, sino que intenta (y fracasa) distribuir bienes inmateriales como las oportunidades. Según Young, la posibilidad de cambiar las oportunidades, poder y espacio de desarrollo de las personas desde un plano no material, pasa por incluir como aspecto clave de la justicia, el análisis de la división de poder, trabajo, cultura y evaluación de los procesos de toma de decisión<sup>23</sup>.

La ventaja de la mirada de la opresión y la dominación, radica en permitir analizar desde el punto de la filosofía política la situación particular de las personas, pero también de los grupos sociales, perspectiva que, según Young, normalmente no es tomada en consideración. En este sentido una teoría que pretende regular un sistema político sobre la base de consideraciones de justicia, debe tener presente que existen grupos sociales privilegiados y otros oprimidos<sup>24</sup>. Esta sería una diferencia fundamental con la propuesta de Rawls, ya que él cree que un sistema de justicia debe propender a cautelar la situación de las personas a través de los dos principios de justicia, pero en la conformación o diseño de las mismas no existe consideración alguna a los grupos sociales, sino que se convoca a través de su ejercicio hipotético de la posición original a las personas, las que tienen ánimo de cooperación y son racionales, pero que no

actúan en representación de grupos sociales que tienen una historia común, sino que, por el contrario, nada saben sobre su posición social y los privilegios u opresiones que les afectan. En este sentido, Young afirma que la justicia social debe atender justamente a esas diferencias no contempladas por Rawls.

Siguiendo con este mismo argumento de considerar la realidad de los grupos sociales, Young establece que su trabajo no pretende construir teorías de la justicia, porque éstas se desarrollan sobre la base de la idea de que deben ser aplicables a todas las sociedades, cualquiera sea la conformación social, cultural o histórica de las mismas, fijando premisas en abstracto sobre la naturaleza de los seres humanos y de las sociedades. Atendiendo a estas características, de alguna forma las teorías de la justicia serían atemporales y una teoría de la dominación no puede ser atemporal, ya que no puede estar descontextualizada de su entorno y momento histórico, y debe tomar en cuenta el diseño institucional de la sociedad que pretende revisar. La autora afirma que un ejercicio reflexivo sobre la justicia debería partir de la base de escuchar el entorno, de atender las llamadas de la injusticia, en vez de construir un escenario ideal que moldea el estado de las cosas sin conexión con la realidad. Y en este sentido, también se resiste a homogeneizar a las personas como objeto de análisis<sup>25</sup>.

Young asigna especial relevancia a los procesos de toma de decisión. Ella explica que aquellos que piensan que el poder es un bien que se puede repartir o intercambiar, pierden de vista el fenómeno de las estructuras de dominación, entendiéndolo por tal aquel sistema que excluye a las personas para participar en los procesos de toma de decisión que les

23 Young, I. M. "Justice and the Politics of Difference". Princeton, Princeton University Press, 1990, p. 24.

24 *Ibid.*, p. 3.

25 *Ibid.*, p. 16.

permite determinar sus acciones y las condiciones de éstas. En este sentido, el poder debe ser evaluado como una estructura relacional, como un proceso social de vital importancia, más allá de los resultados que genere<sup>26</sup>.

Existen muchas formas de definir la opresión. Esta autora indica que la opresión es una forma de injusticia social conformada por los constreñimientos sistemáticos que limitan las posibilidades de autodesarrollo de las personas. El autodesarrollo consiste en la posibilidad de ejercitar las capacidades y expresar las experiencias de vida. En este sentido, la opresión no es un acto que se ejerza únicamente por fuerzas tiránicas, sino que son limitaciones impuestas por estructuras sociales, políticas, culturales y económicas. De esta forma, la opresión puede ser desarrollada en base a fuerzas conscientes, cuando es el resultado de un acto deliberado, o inconscientes, en la medida que las restricciones surjan de hábitos o conductas que se asumen como normales y cuyos orígenes o impactos en terceras personas no son cuestionadas. Asimismo, Young explica que la opresión tiene 5 caras o manifestaciones. Estas son la explotación, la marginación, la violencia, el imperialismo cultural y la ausencia de poder. A continuación, serán brevemente explicadas.

La primera cara de la opresión es la explotación. En este caso, algunos grupos sociales ejercitan su capacidad de control sobre otros mediante el desarrollo y localización del capital. De esta forma, se transfiere el trabajo desarrollado por algunos para que sea generado en beneficio de otros<sup>27</sup>.

La segunda cara de la opresión es la marginación. Young explica que existen ciertos grupos sociales que se caracterizan por ser constantemente marginados de la sociedad, lo que se da principalmente por motivaciones raciales, pero también puede fundarse en otros elementos, como la vejez. Esta marginación tiene una manifestación clara en la privación de bienes materiales y en la posibilidad de tener un trabajo<sup>28</sup>.

La tercera cara de la opresión es la ausencia de poder, indicando que en las sociedades contemporáneas existen lugares que no están organizados democráticamente y existe poca participación en el proceso de toma de decisión / decisiones a quienes luego se les imponen. En este sentido, aquellos que no tienen poder tienen problemas de falta de autoridad, estatus y conciencia sobre sí mismos. La autora contextualiza la falta de poder en las relaciones laborales, en especial en aquellos que desarrollan carreras no profesionales, como un grupo social que carece de poder, pero esta forma de opresión también se podría analizar en otros espacios de poder, como lo es la representación popular. En este contexto, existen serias deficiencias en cuanto a la presencia de mujeres, tanto así que hasta el año 2017 la estadística indicaba un porcentaje de 17% de mujeres en el parlamento. Esta realidad sirvió como fundamento para incorporar un criterio de paridad en el nuevo sistema proporcional inclusivo, que permitió en las elecciones parlamentarias de 2017 aumentar la participación de mujeres a un 23%<sup>29</sup>.

26 *Ibid.*, p. 16.

27 *Ibid.*, p. 49.

28 *Ibid.*, p. 55.

29 Ley No 20.840 sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso nacional, publicada en el diario oficial el 5 de mayo de 2015.



La cuarta cara de la opresión se configura con el imperialismo cultural. Las tres caras de la opresión antes descritas comparten como elemento común el hecho de estar basadas en consideraciones materiales que se dan, principalmente, en el marco de las relaciones laborales. A diferencia de dichas caras de la opresión, el imperialismo cultural consiste en una experiencia colectiva en la que un grupo dominante de la sociedad define los estándares de conducta o estética que se debiesen seguir, transformando a los grupos minoritarios como un “otro”. La forma de vida y bagaje cultural del grupo dominante son considerados una norma, la forma normal y apropiada de ser o hacer las cosas<sup>30</sup>.

La última cara de la opresión es la violencia. Esta violencia consiste en que existen grupos sociales que viven con el constante temor de ser objeto de violencia que se puede manifestar en ataques no provocados en contra de su propiedad o persona. A su vez, la misma no es cualquier tipo de violencia, sino que es aquella que se ejerce en forma sistemática<sup>31</sup>. El caso de Daniel Zamudio, que dio el impulso final para la aprobación de la ley N° 20.609, conocida como la ley antidiscriminación, es un buen ejemplo para ilustrar esta idea de que existen manifestaciones de violencia no provocadas que afectan a ciertos grupos sociales.

La noción de igualdad cumple un rol fundamental en el trabajo de Young, y en este Informe dicha noción se plantea desde dos puntos de vista.

Por un lado, ella comparte la noción de igualdad en un sentido moral, tal como el descrito

por Nussbaum, es decir, igualdad como la idea de que todas las personas representan un valor en sí mismos y considera que la justicia debe promocionar dicho valor para todos<sup>32</sup>. Asimismo, es posible afirmar que Young no comparte esta idea de que la igualdad tenga a su vez una expresión distributiva, entendiendo esta última no solo como la obtención de riqueza, sino que también de poder, y que ambas nociones (junto con la moral) sean suficientes para explicar la complejidad del valor de la igualdad. Ya explicamos que Young no cree que elementos como el poder o las oportunidades se puedan distribuir, sino que solo se superarán en la medida que se ponga fin a las estructuras de opresión que las constituyen, lo que requiere tomar conciencia sobre las mismas y eliminarlas mediante herramientas que consideran el aspecto relacional y el proceso de configuración del poder.

Por otro lado, la autora plantea una crítica directa a la idea, especialmente arraigada en el derecho público, de la promoción de una noción de igualdad formal y de igualdad de oportunidades. Esta noción consistiría en establecer una prohibición explícita contra toda forma de discriminación a través de la aplicación de la ley. En este sentido, se rechazan los discursos y decisiones que explícitamente atienden a características de las personas que son consideradas como categorías de discriminación, tales como raza, sexo u orientación sexual<sup>33</sup>.

El fundamento teórico detrás de esta noción formal de la igualdad radica en sostener que la realidad fáctica de una persona no debería hacer ninguna diferencia en la forma en que la misma es tratada o en sus posibilidades de desarrollo. El problema que identifica Young

30 Young, I. M. “Justice and the Politics of Difference”. Op. cit., p. 59.

31 *Ibid.*, p. 61.

32 *Ibid.*, pp. 37, 41.

33 *Ibid.*, p. 135.



es que esta noción formal de la igualdad no asegura un trato igualitario entre las personas, ya que su efecto es esconder las diferencias, pero sin superar las formas de opresión que afectan a ciertos grupos sociales. En otras palabras, del hecho que las personas no estén facultadas para hacer comentarios racistas, sexistas o clasistas, no quiere decir que dichos prejuicios desaparezcan y se asegura una relación auténticamente igualitaria y respetuosa entre las personas. Por el contrario, la autora indica que esta noción formal de la igualdad lo que hace es silenciar las diferencias y permitir que éstas se perpetúen en el tiempo. A pesar de que las discriminaciones se silencien en la esfera pública, éstas pueden manifestarse con total holgura en la esfera privada o incluso pueden no ser verbalizadas en la esfera privada, pero pueden permanecer en el ámbito de las reacciones inconscientes, perpetuando de esta forma la exclusión de los grupos oprimidos.

El ámbito laboral es un espacio de interac-

ción social que sirve para ilustrar este punto, en especial teniendo presente que en Chile tenemos una ley anti-discriminación. Es posible argumentar que en nuestro país constituiría un caso de discriminación el hecho de promover un puesto de trabajo estableciendo como un requisito para el cargo que la persona sea hombre. En este sentido, una noción formal de igualdad prohibiría aquella descripción del cargo y la respuesta adecuada para superar la discriminación consistiría en eliminar dicho requisito. El planteamiento de Young consiste en afirmar que incluso cuando se elimine la mención expresa de que el cargo es para un hombre, eso no quiere decir que las personas llamadas a seleccionar al candidato más pertinente para cumplir ese rol, tengan una disposición genuina de elegir entre un hombre o una mujer. De esta forma, las estructuras de opresión pueden influir en la selección final, incluso desde un punto de vista inconsciente, ya que las mujeres pueden reunir características culturales, estéticas o de otro tipo que generen



resistencia para su elección.

#### d. Nancy Fraser y la discusión entre distribución y reconocimiento

El trabajo de Iris Marion Young se enmarca dentro de la tradición de aquellas teorías que analizan el género desde un punto de vista del reconocimiento y hacen una clara crítica sobre las limitaciones que presentan las teorías redistributivas para promover el desarrollo de las personas y un sistema de justicia, señalando que desde aquella óptica no es posible dar solución a los problemas de carencias materiales y, al mismo tiempo, de acceso al poder o espacios de toma de decisión.

Frente a esas críticas, surge el trabajo de Nancy Fraser, quien propone una conciliación entre las teorías del reconocimiento y redistributivas, destacando de qué forma el acceso a los bienes materiales genera un impacto positivo en las aspiraciones de superar barreras

sociales, como las brechas de género, ya que el acceso al mismo muchas veces conlleva una forma de reconocimiento. En este sentido, la autora señala que la justicia precisa de estas dos dimensiones: la redistribución y el reconocimiento, de forma tal que la promoción de ambas permite consagrar una política social de la igualdad<sup>34</sup>.

Fraser explica que los teóricos de la igualdad han conceptualizado la injusticia tomando en cuenta dos perspectivas. Por un lado, están aquellos que la conceptualizan desde el punto de vista de las injusticias socioeconómicas y otros que la retratan como injusticias culturales o simbólicas. Ella indica que la distinción entre ambas perspectivas de injusticia es analítica ya que, en la práctica, las dos se entrecruzan y,

34 Fraser, Nancy. “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era “postsocialista””. En: Nancy Fraser, N. Carbonero, M.A. y Valdivieso J. (coord.). “Dilemas de la Justicia en el Siglo XXI: Género y Globalización”. Ediciones UIB, 2011, pp. 217-254.

por lo mismo, ambas deben ser solucionadas. A modo de ejemplo, indica que las desventajas económicas impiden la participación igualitaria en el desarrollo de la cultura, tanto en la esfera pública como en la vida cotidiana o doméstica, existiendo muchas veces una subordinación cultural y económica<sup>35</sup>.

Para ilustrar el punto sobre el entrecruce de la dimensión económica y cultural, Fraser explica que hay comunidades que son bivalentes, es decir, se diferencian y tienen problemas de justicia, tanto desde el punto de vista de la valoración cultural como de la económica. En otras palabras, serían un híbrido que son marginados por múltiples factores de los que hay que hacerse cargo. Un típico ejemplo de las comunidades bivalentes estaría constituido por el género. Esa comunidad resiente problemas redistributivos serios, los que se manifiestan en aspectos económicos, tales como las brechas salariales o la segmentación vertical de funciones, a raíz de la cual es posible encontrar lugares de trabajo en que hay una presencia significativa de mujeres en espacios de poca responsabilidad, y dicha presencia desaparece o se reduce en términos relevantes a medida que aparecen cargos de mayor responsabilidad.

En nuestro país tenemos varios ejemplos que permiten entender y concretar esta observación realizada por Fraser sobre la consideración del género como factor que determina comunidades bivalentes por razones redistributivas. Por un lado, tenemos brechas salariales significativas. De acuerdo con un estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas, las brechas de género en Chile en el ingreso medio y mediano fueron negativas durante el 2016, superando el 29,7% para el

ingreso medio, y el 23,3% para el ingreso mediano<sup>36</sup>. Esto significa que las mujeres ganan entre un 23% y 29% menos que los hombres en ingresos comparables. Por otro lado, el Proyecto de Estudio Diagnóstico de la Perspectiva de Igualdad de Género en el Poder Judicial Chileno que se realizó el 2015, contiene información relevante sobre la segmentación de funciones al interior de este órgano del Estado<sup>37</sup>. A modo de ejemplo, al año 2014 este Poder del Estado tenía una presencia de 5.531 mujeres y 3.963 hombres, lo que significa que la presencia de las mujeres era equivalente a un 58,26%. Estas cifras contrastan enormemente con la presencia de mujeres en la Corte Suprema, ya que el año 2014, de un total de 19 integrantes, solo 5 correspondían a mujeres, lo que es equivalente a un 26,3%, cifra bastante inferior al promedio de mujeres en el Poder Judicial<sup>38</sup>.

Tomando en consideración los factores recién descritos, la autora indica que las injusticias de género constituyen una injusticia distributiva que exige remedios redistributivos para su superación<sup>39</sup>.

El carácter bivalente del género causa como efecto que la redistribución no sea un factor suficiente para lograr un escenario de justicia

35 *Ibid.*, p. 223.

36 Instituto Nacional de Estadísticas. “Género e Ingresos 2016”. Disponible en: <http://www.ine.cl/docs/default-source/ingresos-y-gastos/esi/publicaciones/enfoque-estad%C3%ADstico-g%C3%A9nero-e-ingresos---esi-2016.pdf?sfvrsn=5>

37 “Igualdad de Género y No Discriminación. Proyecto de Estudio Diagnóstico de la Perspectiva de Igualdad de Género en el Poder Judicial Chileno”. Disponible en: [http://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/Estudio\\_Igualdad\\_de\\_G\\_\\_nero\\_y\\_No\\_Discriminaci\\_\\_n\\_Final.pdf](http://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/Estudio_Igualdad_de_G__nero_y_No_Discriminaci__n_Final.pdf)

38 *Ibid.*, p. 60.

39 Fraser, Nancy. “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era “postsocialista””. Op. cit., p. 230.

68

real, sino que también hay que considerar los factores culturales, los que deben ser abordados como una problemática de reconocimiento. Fraser explica que existe un claro desprecio social y cultural por todo aquello que ha sido codificado como femenino, el que contrasta con la visión androcentrista que privilegia los aspectos relacionados con la masculinidad. Este desprecio hacia lo femenino, se expresaría en un sinnúmero de ofensas que sufren las mujeres, las que incluyen, a modo de ejemplo, agresiones sexuales y violencia doméstica o intrafamiliar. En este informe ya se analizaron las cifras de denuncia de violencia intrafamiliar en Chile, señalando que, de conformidad con el Sistema AUPOL, de un total de 3.033 denuncias sobre violencia intrafamiliar registradas el año 2015, 2.380 correspondían a casos en que la víctima era mujer, y 653 en que la víctima era hombre, lo que arroja como resultado que un 78% de las denuncias por violencia intrafamiliar sean casos en que las víctimas son mujeres<sup>40</sup>. Estas cifras se complementan con las estadísticas de denuncia del delito de violación. De acuerdo con el sistema AUPOL, el año 2015, de un total de 1.970 denuncias realizadas por el delito de violación, 1.743 corresponden a casos en que las víctimas eran mujeres. Es decir, un 88,4% de las denuncias sobre el delito de violación en Chile realizadas durante el 2015 tenían a una mujer por víctima. Estas estadísticas sobre el delito de violación no son un dato casual sino que al estudiarlas en conjunto con los indicadores sobre violencia intrafamiliar, se constata una clara direccionalidad que es reflejo de este rechazo a lo femenino, y que ha sido latamente estudiado en la literatura especializada como violencia de género<sup>41</sup>.

40 Reporte disponible en: <http://www.seguridadpublica.gov.cl/estadisticas/datos-por-sexo-y-edad/>

41 Ver: MacKinnon, Catharine. "El Acoso Sexual: su

Según Fraser, estos problemas de justicia que están enraizados en aspectos culturales no serían superados con políticas redistributivas, sino que requieren soluciones especialmente enfocadas en políticas de reconocimientos que tengan por objetivo poner fin al trato poco igualitario que afecta a las mujeres, es decir, en un reconocimiento positivo de la especificidad de aquel grupo social desvalorizado<sup>42</sup>.

Primera Década ante la Justicia". En: MacKinnon Catharine. "Feminismo Inmodificado. Discursos sobre el Vida y el Derecho". Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 2014, pp. 151-172.

42 Fraser, Nancy. "¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era "postsocialista"". Op cit., p. 231.

## II. Género como categoría de análisis



El género surge como un concepto destinado a contravenir el determinismo biológico que atribuía a las mujeres un rol de subordinación como un elemento propio de la naturaleza. De la mano de teóricas feministas, en sus albores se lo utilizó para desnudar cómo la adscripción de roles y categorías a las mujeres que las definían, por ejemplo, como esencialmente destinadas a las tareas del cuidado y la reproducción, era el resultado de un proceso cultural de normalización y jerarquización de las diferencias entre hombres y mujeres. Las primeras invocaciones de este concepto fueron funcionales a los análisis y construcción de re-

latos históricos, donde la patente ausencia de mujeres no podía ser naturalmente atribuible a su ausencia fáctica en un determinado periodo histórico, sino más bien a un proceso selectivo que las invisibilizaba o relegaba a espacios irrelevantes para efectos de la narrativa<sup>43</sup>.

La definición del género como una “categoría social impuesta en un cuerpo sexuado”, se

43 Scott, Joan. “El género: una categoría útil para el análisis histórico”. En: Pérez Villalobos, M. y Romo Avilés, N. “Género. Conceptos básicos”. Programa de Estudios de Género, Pontificia Universidad, Católica del Perú, 1997, pp. 13-27.

70

distancia, por una parte, de aquellos usos de la expresión para homologar el uso de sexo y género, en el entendido que el segundo tiene por objeto, precisamente, poner “de relieve un sistema completo de relaciones que puede incluir el sexo, pero no está directamente determinado por el sexo o es directamente determinante de la sexualidad”<sup>44</sup>. Así comprendido, este concepto permite auscultar no solo la construcción social de los roles familiares, sino también cómo el mercado, la educación o el sistema político son partes del mecanismo de reproducción de las jerarquías sociales. Por otra parte, se diferencia de concepciones que aplican el género no solo a las construcciones de las subjetividades o identidades entre hombres y mujeres, sino también a la definición del propio cuerpo. Quienes bregan por este enfoque, identifican en la homologación entre género y construcción cultural jerarquizada de la diferencia, una exclusión del sexo, del cuerpo, del cuestionamiento acerca de su definición. Es decir, el sexo no sería naturaleza, ni tampoco un elemento pre-discursivo, como una superficie políticamente neutra sobre la que actúa la cultura, sino un engranaje del mecanismo de reproducción de la jerarquización sexual<sup>45</sup>.

La relevancia de esta discusión teórica está asociada a sus resultados operacionales una vez que se aterriza su definición. La revisión de los enfoques propios de las políticas públicas de principios del año 2000 está marcada por una mirada que interrogaba la construcción de roles entre hombres y mujeres. Lo hacía, además, considerando cómo la adscripción de otras identidades y condiciones impactaban a unos y otros: qué significa y cómo impacta

en el pleno goce de derechos y oportunidades, no solo ser mujer u hombre, sino también pertenecer a un pueblo originario o minoría étnica, tener una condición de discapacidad o ser adulto mayor. El género en su formulación más amplia nos permite comprender las recientes reivindicaciones de la comunidad lesbiana, gay, transexual, bisexual e intersexo, coloquialmente identificada por sus siglas como LGTBI. Si el sexo, el sustrato biológico, también es parte de una construcción social jerarquizada, quienes tengan una identidad de género discordante serán rechazados por el sistema sexo-género.

44 *Ibid.*, 15.

45 Butler, Judith. “Gender Trouble”. United States, Routledge, 1990, p. 10.

### III. La igualdad y la prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece inequívocamente la dimensión donde la igualdad es relevante: “[t]odos los seres humanos nacen libres e **iguales en dignidad y derechos**”<sup>46</sup>. Igualmente, establece que los derechos deben garantizarse sin distinción por motivos de “alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”<sup>47</sup>.

La Declaración, junto con condicionar el ejercicio y goce de los derechos a una cláusula que prohíbe la discriminación, establece el derecho a la igualdad ante la ley y la igual protección en la ley: “Todos son **iguales ante la ley** y tienen, sin distinción, **derecho a igual protección de la ley**. Todos tienen derecho a **igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración** y contra toda provocación a tal discriminación”<sup>48</sup>.

La Declaración y los principales tratados internacionales de derechos humanos siguen esta pauta: la igualdad que será objeto de las obligaciones de los Estados es aquella ligada a (i) la dignidad humana, (ii) a los derechos y (iii) en la ley y en la protección que ésta otorga. En este sentido, los debates propios de la filosofía política sobre redistribución y reconocimiento son relevantes para efectos de visibilizar la afectación que se puede generar al goce de los derechos y su respeto a partir de la condición fáctica en la que se encuentra cada sujeto y relevar como éstas pueden afectar su dignidad y la posibilidad que tie-

46 Artículo 1. Énfasis añadido.

47 Artículo 2.

48 Artículo 7. Énfasis añadido. La Declaración contiene otros artículos que hacen referencia a la prohibición de discriminación y la igualdad ante la ley, a saber: (i) Artículo

10. “Toda persona tiene derecho, en condiciones de **plena igualdad**, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”; (ii) Artículo 16. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio; (iii) Art. 21. 1. Toda persona tiene el derecho de acceso, **en condiciones de igualdad**, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto; (iv) Art. 23. 2. Toda persona tiene derecho, **sin discriminación** alguna, a **igual salario por trabajo igual**; (v) Art. 25. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a **igual protección social**.



nen, efectivamente, de ejercer sus derechos humanos.

En lo sucesivo se analizará el (a) proceso histórico a partir del cual el derecho internacional de los derechos humanos ha ido incorporando, como una de sus piedras angulares, la igualdad y la prohibición de discriminación, cómo este proceso está ligado con la naturalización de actos discriminatorios y el estado del arte hasta nuestros días. Posteriormente se analizará (b) el concepto y clasificación de la prohibición de discriminación, (c) los tipos de cláusulas que pueden distinguirse en los tratados (s subordinadas y autónomas), (d) la aplicación de éstas en la adjudicación del derecho, (e) las hipótesis y desafíos que se producen con la discriminación múltiple y (d) las acciones afirmativas e interpretación conforme con la igualdad.

### a. Contexto histórico

El derecho internacional de los derechos humanos, como una rama del derecho internacional público, es de reciente data. Habitualmente se ubica su surgimiento a partir de las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, donde resultó evidente que, frente a la violación de los derechos fundamentales de las personas realizadas por los propios Estados que estaban llamados a protegerlos, la comunidad internacional debía jugar un rol distinto y mucho más activo en su protección. Con esta perspectiva en mente, se erigió un sistema que descansa en los tratados internacionales como el mecanismo que gestó distintos instrumentos de alcance universal, al amparo de la Organización de Naciones Unidas (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra

la Mujer, etc.), pero también regional, como el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Comisión Interamericana<sup>49</sup> y Corte Interamericana de Derechos Humanos), que han establecido catálogos de derechos para las personas y obligaciones respecto de éstos para los Estados<sup>50</sup>. El cumplimiento de éstas es monitoreado por órganos de control que pueden ser de naturaleza jurisdiccional, cuasi-jurisdiccional o más bien política.

Si bien el derecho internacional de los derechos humanos, las críticas que puedan formularse a éste, las virtudes que se le reconocen o los desafíos propios de su implementación, son, en términos históricos, recientes, no lo es la preocupación por la noción y protección de la dignidad humana; mucho menos lo es la noción de igualdad y la prohibición de discriminación. Las preguntas sobre qué es la igualdad o, más concretamente, quiénes son iguales y en qué sentido, son de antigua data y han estado en el corazón de un sinfín de revoluciones a lo largo de la historia.

49 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no tiene un origen inicial de carácter convencional. Fue creada a partir de una resolución de la Organización de Estados Americanos y posteriormente fue reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

50 En este punto es importante distinguir que el derecho internacional de los derechos humanos es un género donde puede encontrarse el derecho penal internacional y el derecho humanitario. El primero busca establecer la responsabilidad penal de ciertos individuos bajo supuestos en los cuales los Estados no pueden, o no quieren, perseguir la responsabilidad penal de quienes han cometido crímenes o delitos de lesa humanidad. El segundo busca resguardar los derechos de ciertas personas en los contextos de guerra. En tiempos de “normalidad o paz”, el derecho que se aplica es el del derecho internacional de los derechos humanos.

Es evidente que vivimos en un mundo esencialmente diverso. Las personas somos distintas no solo en la forma en la que nos vemos, sino en cómo pensamos, amamos, vemos la vida, construimos la felicidad, etc. Las discusiones sobre igualdad se dan en el plano de lo filosófico, lo económico, lo normativo y lo político, no necesariamente en lo fáctico. Si existe una constatación de la diferencia en el mundo de lo natural, ¿deben seguirse de aquellas diferencias a nivel jurídico? ¿Por qué se justifican? ¿En qué planos son admisibles estas diferencias? La complejidad de esta materia puede ser ilustrada a partir de la forma en la que se ha abordado históricamente el tratamiento de la esclavitud. Para que un sistema justifique la esclavitud, primero debe afirmarse que  $p$  es distinto de  $q$ , pero debe irse un paso más allá:  $p$  es distinto de  $q$ , luego  $p$  es mejor o superior que  $q$ . El paso final es el más complejo: si  $p$  es mejor o superior que  $q$ ,  $p$  puede dominar o aniquilar a  $q$ <sup>51</sup>.

El acto de esclavizar a otro es uno en el cual no puedo reconocer ni tratar a ese otro como a un *igual*. Es indispensable privarlo de su humanidad para efectos de generar legitimidad al momento de darle un trato diferenciado que no sea considerado arbitrario. Las personas de color fueron esclavizadas, es decir, tratadas como cosas semovientes que podían ser comerciadas y abusadas, a partir del ejercicio de enajenarlas de su condición humana. Para ello, la raza como elemento diferenciador fue fundamental para crear un sistema que justificaba la dominación de unos sobre otros. Igual situación se presentó respecto de quie-

nes pertenecían a pueblo originarios, sobre quienes hubo, por ejemplo, debates sobre si tenían alma o no.

Esta justificación del trato diferenciado a partir de definir que una determinada diferencia habilita a otro o al Estado a privarlo de sus derechos o bien a restringir su pleno goce, tradicionalmente ha descansado en el derecho como una herramienta que permite sostener en el tiempo esquemas de opresión. Por ejemplo, el derecho romano regulaba el trato hacia los esclavos, abordando materias tales como la forma en la que se convierte una persona en esclavo/a, la propiedad de los hijos de una mujer esclava o la venta de esclavos. *A contrario sensu*, los consensos sociales que dieron lugar a la abolición a la esclavitud se fueron plasmando en instrumentos jurídicos, declaraciones y tratados que buscaron superar esta barbarie<sup>52</sup>. Prueba de ello es la Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, que antecede por mucho a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

51 Este proceso es descrito por Norberto Bobbio en “La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes”. En: Caicedo, Danilo y Porras, Angélica (Editores). “Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad”. Ecuador, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010, pp. 183-215.

52 La primera definición de esclavitud que encontramos en el derecho internacional se encuentra en la Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926. En su artículo primero establece “1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos. 2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos”. Para un análisis exhaustivo de la materia, ver: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas”. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002. U.N. Doc. HR/PUB/02/4. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf>

El derecho, entonces, ha sido, al mismo tiempo, el mecanismo a través del cual se ha asegurado un andamiaje institucional, cultural y económico que ha amparado la discriminación de individuos y colectivos, pero también ha sido el espacio donde este fenómeno se ha combatido. *Ergo*, no es raro encontrar verdaderas *antinomias* en un sentido material dentro de nuestro ordenamiento jurídico, o en el de otros Estados, especialmente si las normas que se observan no son solo las domésticas, sino éstas y las del derecho internacional de los derechos humanos. Nuevamente, un ejemplo permitirá ilustrar de mejor forma el punto. La Declaración Universal de 1948 fue ratificada por el Estado de Chile. Ésta incluye normas que se refieren al derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación y, en particular, normas sobre participación política y sufragio universal. No obstante, las chilenas de 1948 no podían ejercer plenamente el sufragio, lo que no se verificó sino hasta la elección de presidente de 1952.

Este ejemplo permite visibilizar algo palmario: la definición de quienes son iguales está íntimamente ligada con las concepciones culturales sobre la condición humana imperante en cada contexto. Si en el pasado era aceptable indicar que las personas no eran tales por su color de piel, o eran titulares de derechos en menor grado a partir de su sexo, hoy no existe un soporte jurídico, pero por, sobre todo, moral y cultural, para amparar tal distinción en el trato. Hoy, sin lugar a dudas, llamaríamos a tal acto una discriminación, es decir, una distinción en el trato arbitraria proscrita tanto en el derecho chileno, como en el derecho internacional de los derechos humanos.

Con esta perspectiva en mente, el rol de la judicatura cobra un sentido determinante. Si la definición de quienes son iguales está en

manos de quien está llamado o llamada a interpretar la ley, las concepciones valóricas y estereotipos que ellos o ellas tengan serán trascendentes respecto de la identificación de situaciones de discriminación. Las y los jueces no adjudican el derecho a partir de un vacío moral u epistémico. Muy por el contrario, lo hacen a partir de los presupuestos culturales imperantes de los que ellas o ellos son parte. Luego, resulta fundamental que sean capaces de distinguir cuando su conducta constituye una reproducción o generación de una discriminación, ya sea que ésta sea un acto consciente o no.

En este sentido, el derecho internacional de los derechos humanos ofrece a los intérpretes autorizados del derecho doméstico una ventana a los principales consensos de la comunidad internacional, contenidos en normas y principios, acerca de aquellos motivos por los cuales no está permitido discriminar y aquellos donde cierto tipo de distinciones sí estará justificada, o bien será necesaria. Este es, por ejemplo, el caso de las acciones afirmativas, las cuales deben distinguirse de interpretaciones de los derechos humanos que sean sensibles a la condición de cada sujeto.

#### i. De los derechos de las minorías a los derechos fundamentales

Una revisión de las formas en las que se ha abordado el debate sobre igualdad y no discriminación en el derecho internacional nos permite concluir que una primera aproximación al fenómeno se relacionó con los derechos de las personas extranjeras. Shelton señala que, desde el inicio del siglo XX, “[...]la preocupación por la igualdad y la no discriminación se manifestó principalmente en las leyes de responsabilidad estatal relacionadas con los perjuicios ocasionados a los extranjeros y en

la protección otorgada a ciertas minorías nacionales. Después de la Primera Guerra Mundial, se incluyó la protección de los grupos minoritarios entre los requisitos exigidos a los nuevos Estados y a los que fueron derrotados en la guerra. Las cláusulas sobre las minorías garantizaban la no discriminación, pero también intentaban preservar la identidad y la cultura de grupos minoritarios cuyas demandas de igualdad y reconocimiento eran consideradas como parte de las causas de pasados conflictos. **En consecuencia, los tratados no solo exigían igualdad de derechos, sino que también medidas específicas para la preservación de los grupos protegidos, que carecían del poder político necesario para garantizar dicha preservación por sí mismos**<sup>53</sup>. La normativa que estuvo tras esta reacción no estaba pensada desde la mirada de una *acción afirmativa*, sino desde el reconocimiento de derechos permanentes para grupos minoritarios, o bien mayoritarios, pero cuyas necesidades se establecían en oposición o diferenciadas de la construcción hegemónica de universalidad o neutralidad. Estas distinciones habitualmente buscaban garantizar que estos grupos pudieran preservar su lenguaje, que se les reconocieran sus feriados religiosos, o la posibilidad de educar a sus hijos e hijas en un sistema diferenciado<sup>54</sup>.

53 Shelton, Dinah. “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: Anuario de Derechos Humanos (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2008, p. 16. Énfasis añadido. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13488/13756>

54 Ciertos fallos resultan clarificatorios, por ejemplo: “[40] Article 8 of the Treaty guarantees to racial minorities the [p24] same treatment and security “in law and in fact” as to other Polish nationals. The facts that no racial discrimination appears in the text of the law of July 14th, 1920, and that in a few instances the law applies to non-German Polish nationals who took as purchasers from original holders of German race, make no substantial difference.

Article 8 is designed to meet precisely such complaints as are made in the present case. There must be equality in fact as well as ostensible legal equality in the sense of the absence of discrimination in the words of the law. [...] [90] By the Minorities Treaty Poland has agreed that all Polish nationals shall enjoy the same civil and political rights and the same treatment and security in law as well as in fact. The action taken by the Polish authorities under the Law of July 14th, 1920, and particularly under Article 5 is undoubtedly a virtual annulment of the rights which the settlers acquired under their contracts and therefore an infraction of the obligation concerning their civil rights. It is contrary to the [p37] principle of equality in that it subjects the settlers to a discriminating and injurious treatment to which other citizens holding contracts of sale or lease are not subject”. Permanent Court of International Justice. Third (Ordinary) Session. Questions relating to Settlers of German Origin in Poland. Advisory Opinion. Disponible en: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.09.10\\_german\\_settlers.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.09.10_german_settlers.htm)  
Igualmente: “[48] The idea underlying the treaties for the protection of minorities is to secure for certain elements incorporated in a State, the population of which differs from them in race, language or religion, the possibility of living peaceably alongside that population and cooperating amicably with it, while at the same time preserving the characteristics which distinguish them from the majority, and satisfying the ensuing special needs. [49] In order to attain this object, two things were regarded as particularly necessary, and have formed the subject of provisions in these treaties. [50] The first is to ensure that nationals belonging to racial, religious or linguistic minorities shall be placed in every respect on a footing of perfect equality with the other nationals of the State. [51] The second is to ensure for the minority elements suitable means for the preservation of their racial peculiarities, their traditions and their national characteristics. [52] These two requirements are indeed closely interlocked, for there would be no true equality between a majority and a minority if the latter were deprived of its own institutions, and were consequently compelled to renounce that which constitutes the very essence of its being as a minority”. Permanent Court of International Justice. Thirty Fourth (Ordinary) Session. Minority Schools in Albania. Advisory Opinion. General List No. 62. Advisory Opinion No. 26. 6 April 1935. Disponible en: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1935.04.06\\_albania.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1935.04.06_albania.htm)

76

El tránsito desde una visión del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación desde una garantía para minorías extranjeras o religiosas dentro de un país, hacia una construcción normativa donde tal derecho se asocia a los derechos fundamentales que cada individuo puede exigir de parte del Estado, está relacionado con el devenir de Naciones Unidas. Es decir, se relaciona con el cambio desde la Primera Guerra Mundial y la institucionalidad de la Liga de Naciones, al surgimiento en 1945 de las Naciones Unidas, post Segunda Guerra Mundial.

La Carta de Naciones Unidas contiene, dentro de otros propósitos, el fomento a las relaciones entre las naciones basadas en *los principios de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos*; asimismo, el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, *sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*<sup>55</sup>. Este artículo de la Carta da cuenta de la importancia que la igualdad

55 Artículo 1. Los propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otros medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y 4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

y la prohibición de discriminación tienen en el diseño de la institucionalidad de Naciones Unidas, pero también en la de los sistemas de protección de derechos humanos. Respecto del primero, la igualdad es un elemento *sine quanon* del derecho internacional, pues es un supuesto de legitimidad de las relaciones inter-estatales. En el caso del segundo, el propio goce de los derechos humanos debe asegurarse *sin discriminación* y se explicitan motivos por los cuales, *ex ante*, no resulta pertinente hacer distinciones en el trato.

Naciones Unidas ha abordado la problemática de la igualdad y la prohibición de discriminación, históricamente, desde el trabajo que en su momento realizó la Comisión de Derechos Humanos, y más recientemente, con su sucesor, el Consejo de Derechos Humanos. Discriminaciones estructurales de alto alcance como el *apartheid* en Sudáfrica, el sistema de castas en India o las más diversas manifestaciones que el colonialismo presentó en todo el orbe, tensionaban la relación entre Estados. Estos últimos podían mirar con recelo el accionar de otros, pero no necesariamente cuestionar sus propias prácticas. Cabe destacar que el Consejo Económico y Social facultó a la Comisión de Derechos Humanos para que creara la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW, por su sigla en inglés)<sup>56</sup>, la que actualmente funciona bajo el alero de ONU Mujeres.

56 Resolución de 21 de junio de 1946. Disponible en: [http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/pdf/CSW\\_founding\\_resolution\\_1946.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/pdf/CSW_founding_resolution_1946.pdf)



La CSW acumuló información acerca de la dispar condición de las mujeres a lo largo del mundo y “recomendó que 1975 fuera declarado Año Internacional de la Mujer, una idea que contó con la adhesión de la Asamblea General y cuyo objetivo era llamar la atención sobre la igualdad entre mujeres y hombres y sobre la contribución de aquellas al desarrollo y la paz”<sup>57</sup>. Ese año se celebró la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer en Ciudad de México, la que fue precedida por tres conferencias más: Copenhague en 1980, Nairobi en 1985 y Beijing en 1995. Esta última cuenta con una serie de exámenes quinquenales que han sido fundamentales para la generación de plataformas de acción que han estado a la vanguardia de la promoción de los derechos humanos de las mujeres.

57 Comisión de la condición jurídica y social de la mujer. “Un poco de historia”. Consultado en <http://www.unwomen.org/es/csw/brief-history#>

## ii. Críticas y proceso de especificación: tratados internacionales

El derecho internacional de los derechos humanos no está ajeno a las críticas que se han formulado a la capacidad de los derechos de subvertir situaciones de exclusión<sup>58</sup>, así como a la pretensión de universalidad y neutralidad que éste tiene<sup>59</sup>. Dentro de éstas, pueden encontrarse aquellas que cuestionaban (i) la integración esencialmente masculina de quienes redactaron los tratados internacionales —habitualmente hombres, educados que pertenecían a países occidentales o *blancos*— y (ii) su contenido. Sobre este último, cabe destacar que los tratados internacionales fueron redactados sin distinguir a un titular en particular de

58 Sobre la crítica a los derechos a partir de los estudios críticos del derecho, ver: Tunshet, Mark. “An essay on rights”. *Texas Law Review*, Vol. 62, N° 8, 1984.

59 Olsen, Frances. “El sexo del derecho”. En: Ruiz, Alicia (comp.), “Identidad femenina y discurso jurídico”. Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, pp. 25-42.

78

éstos, es decir, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, entre otros, tenían como titulares a hombres, mujeres, niños y niñas, migrantes, personas heterosexuales o LGTBI. No obstante, se argumentaba que los tratados habían sido escritos replicando la dicotomía público-privado y que tal acción continuaba replicando los fenómenos de exclusión y discriminación. El contenido de los tratados, así como su lenguaje, se preocupaban esencialmente de la protección de la dignidad humana en razón de la vulneración de ésta a partir de la relación con el Estado, en la esfera pública, desatendiendo la realidad de las mujeres o de comunidades que se alejaban del paradigma heteronormativo, entre otros.

Además de las críticas a la formulación y contenido de los tratados, se presentaron otras relativas a su aplicación. El devenir de los órganos de control y las prioridades que al efecto fijaron los Estados no necesariamente distinguieron la diversidad subyacente a cada titular de derecho. Luego, la interpretación del contenido y alcance de éstos fue criticado por tener ribetes androcentristas y por erigirse a partir de la realidad de un primer mundo colonialista, sin considerar factores como la raza, la clase social, ingreso económico y preferencia sexual<sup>60</sup>. Charlesworth identifica como ejemplo el tratamiento que a principios de la década de los '90 existía respecto de la violencia doméstica contra la mujer. A pesar de la existencia de muchísima información sobre ésta, no existía una respuesta que caracterizara cómo la violencia contra las mujeres en el espacio del doméstico, a manos de sus parejas o familiares directos, era constitutivo de una

violación de sus derechos humanos a la vida o la integridad personal. Esto no significaba que los órganos dedicados al control de las obligaciones convencionales de los Estados no se preocuparan del cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos, sino que lo hacían cuando su incumplimiento se verificaba en el ámbito público; por ejemplo, muerte o tortura de una persona a manos de un funcionario público.

A pesar de las críticas del feminismo al derecho internacional de los derechos humanos, o inclusive de los críticos del derecho a éstas, lo cierto es que los derechos, para las minorías, tienen la capacidad de alentar a la emancipación. En palabras de Patricia Williams “[l]os derechos se sienten tan nuevos en boca de la mayoría de las personas negras. Todavía es tan deliciosamente empoderante decirlo. Es un canto para y el don de la individualidad que es muy difícil contemplar una reestructuración... en este momento de la historia. Es una varita mágica de visibilidad e invisibilidad, de inclusión y exclusión, de poder y no de poder”<sup>61</sup>.

América Latina no escapa a este diagnóstico. La Corte Interamericana identificó como un primer caso donde la violencia contra las mujeres se relacionaba con una noción de igualdad a través de la noción de violencia de género en su sentencia del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, en el año 2006. El que éste fuera el primer caso, a pesar de que habían pasado varios

60 Charlesworth, Hillary. “What are “Women’s International Human Rights?”” En: Cook, Rebecca (ed.), “Human Rights of Women: National and International Perspectives”. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994, p. 62.

61 En su idioma original: “Rights’ feels so new in the mouths of most black people. It still so deliciously empowering to say. It is a sing for and the gift of selfhood that is very hard to contemplate restructuring... at this point in history. It is a magic wand of visibility and invisibility, of inclusion and exclusion, of power and no power”. Williams, Patricia. “Alchemical Notes: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights”. Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, Vol. 22, N° 2, 1987.

años de la entrada en vigencia del sistema, no puede llevar al lector o lectora a concluir que en América Latina no hubiera violaciones de derechos humanos de las mujeres asociadas a situaciones de discriminación estructural. Muy por el contrario, esta situación fue identificada como un claro sesgo en quienes participaban en la selección de los casos que llegaban al sistema, las prioridades o capacidades de las organizaciones para identificar situaciones de violación de los derechos humanos de las mujeres y, por último, de la capacidad de la Comisión y la Corte de abordar adecuadamente los casos donde la violación de derechos humanos estaba relacionada con discriminación basada en el género.

Éstas y otras circunstancias y críticas dieron paso a que los tratados “generales”, tanto en el sistema de Naciones Unidas, como el Interamericano, a poco andar dieran paso a otros específicos. Cronológicamente en el sistema de Naciones Unidas puede identificarse la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (18 de diciembre de 1979), Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (10 de diciembre de 1984), Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (18 de diciembre de 1990), Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (20 de diciembre de 2006) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (13 de diciembre de 2006).

Tratándose del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, podemos identificar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (9 de diciembre

de 1985), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (6 de septiembre de 1994), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (9 de junio de 1994), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (7 de junio de 1999), la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (5 de junio de 2013), la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (5 de junio de 2013) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (5 de junio de 2015).

Estos tratados, *grosso modo*, contienen derechos similares a los garantizados en los pactos “generales”, pero especifican los sujetos o materias que serán objeto de su preocupación y aterrizan el contenido y alcance de los derechos a la subjetividad de sus destinatarios. Tal situación se justifica a partir de la incapacidad que tuvo el sistema de tratados generales de relevar y ofrecer una alternativa de superación de los problemas de discriminación estructural de ciertas minorías<sup>62</sup>.

62 El uso de la expresión minoría no supone una definición anclada en un factor cuantitativo, sino más bien cualitativo. Sería erróneo afirmar que las mujeres o las personas de color son una minoría en términos numéricos. Por el contrario, representan a importantes sectores de la población. No obstante, en términos simbólicos y sustantivos, el estándar de lo neutro y lo universal se construye en oposición a estos grupos. Las mujeres, en particular, representan la alteridad, aquello que se define en oposición a un universal que no es tal, sino un estándar masculino de la realidad.



## b. Concepto y clasificación

### i. Concepto

La Corte Interamericana ha destacado el rol del principio fundamental de igualdad y no discriminación señalando que éste “[...] ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”<sup>63</sup>. Su importancia es tal, que incluso en una hipótesis de suspensión de garantías producto de una guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado Parte, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación no pueden suspenderse<sup>64</sup>.

En relación a su contenido y alcance, los tratados internacionales de derechos humanos suelen mencionar (i) la prohibición de discrimi-

63 Corte IDH. Opinión consultiva OC-24/17: *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, de 24 de noviembre de 2017, párr. 61. La Corte ha sido consistente en su posición. Sobre el qué implica el reconocer a la prohibición de discriminación la condición *ius cogens*, ha indicado: “[e]l concepto de *ius cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el *ius cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *ius cogens* superviniente, al señalar que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. El *ius cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03: *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003, párr. 98.

64 En este sentido, ver el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

minación en la garantía y respeto del pleno goce de los derechos humanos en general o asociado a un derecho en particular, además de un (ii) derecho a la igualdad ante la ley y en la protección de ésta. No obstante, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Convención Americana incluyen una definición de discriminación o de igualdad.

La primera definición de discriminación contenida en un tratado internacional de derechos humanos la encontramos en el Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) No 111, de la Organización Internacional del Trabajo, de 1958:

“1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;”

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por su sigla en inglés) contiene los principales elementos de esta definición, indicando en su artículo primero lo siguiente:

“A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas

política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Estas definiciones deben ser complementadas con el contenido y alcance que le han dado los órganos de Naciones Unidas a partir de sus observaciones generales y la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos<sup>65</sup>.

En el sistema de Naciones Unidas destaca la Observación general N° 18 “No discriminación”, del Comité de Derechos Humanos<sup>66</sup>. En ésta, el Comité precisa algunos elementos determinantes en relación a la interpretación que deben tener en el Pacto las cláusulas de no discriminación y la igualdad ante la ley. En particular, el Comité reconoce que no existe dentro del Pacto una definición de no discriminación. No obstante, teniendo a la vista otros tratados internacionales que la definen, precisa lo siguiente:

[E]l Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

Cabe destacar que el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a los principales elementos contenidos en la definición realizada por el Comité de Derechos Humanos, añade “[l]a discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso”<sup>67</sup>.

Un análisis nos permite distinguir los siguientes elementos:

- Debe existir una distinción, exclusión, restricción o preferencia. Es decir, debemos encontrarnos frente a un trato diferenciado. Ahora bien, es importante destacar, tal y como señala el Comité, que no toda distinción en el trato será considerada discriminatoria, sino solo aquellas que sean consideradas arbitrarias.

65 La selección de las observaciones generales de los órganos de tratados de Naciones Unidas guarda relación con la vocación que tienen estos instrumentos: constituir una interpretación autorizada por el órgano de un tratado que tiene la abierta pretensión de servir de guía para los Estados parte. En el caso de la jurisprudencia del Sistema Interamericano, particularmente en el caso de la Corte, el impacto de sus fallos es determinante para nuestro país, especialmente considerando cómo las sentencias contra el Estado de Chile han motivado importantes cambios normativos (vg., modificación de la Constitución en el caso Olmedo Bustos [Última Tentación de Cristo] o la incorporación del acceso a la información pública en poder del Estado a partir del caso Caso Claude Reyes y otros). Igualmente, las Opiniones Consultivas de la Corte son baremo a partir del cual puede anticiparse el resultado de un eventual conflicto, pues el Tribunal explicita sus criterios normativos frente a un determinado tópico a la comunidad de Estados.

66 El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas es el encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones convencionales por parte de los Estados del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

67 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No 20: La *no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). U.N. Doc. E/C.12/GC/20, párr. 7.

- La distinción en el trato debe basarse en categorías sospechosas, es decir, factores de diferenciación que históricamente se han invocado para discriminar. En el derecho internacional de los derechos humanos el catálogo de motivos prohibidos se ha ampliado en el tiempo. A la fecha de la observación general 18, se mencionaba “la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social”. La expresión otra condición social permite la interpretación de situaciones que no fueron identificadas *ex ante* por los tratados internacionales de derechos humanos, pero que, dada la evolución social, cultural y los consensos jurídicos, da cuenta que el listado no es *numerus clausus*, sino, muy por el contrario, de carácter enunciativo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose al artículo 1 de la Convención Americana, ha señalado que: “los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo”<sup>68</sup>.
- Por último, la distinción basada en motivos sospechosos debe tener por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. Este elemento es fundamental: no se trata de una distinción en el trato inocua, o bien una que no afecte a nadie en particular. Es decir, debe ser gravosa y concreta y estar conectada a los derechos humanos y libertades fundamentales.

68 Corte IDH. Opinión consultiva OC-24/17: *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, de 24 de noviembre de 2017, párr. 67.

## ii. Clasificaciones

### 1. Directa e indirecta

La discriminación directa o indirecta tiene como punto de inflexión la intención tras la distinción en el trato arbitraria que produce un perjuicio concreto en los derechos humanos o libertades fundamentales. El Comité de Derechos Humanos de derechos económicos, sociales y culturales la ha definido de la siguiente forma:

“12. Se produce discriminación directa cuando la diferencia de trato se funda directa y expresamente en distinciones basadas de manera exclusiva en el sexo y en características del hombre y de la mujer que no pueden justificarse objetivamente.

13. Se produce discriminación indirecta cuando la ley, el principio o el programa no tienen apariencia discriminatoria, pero producen discriminación en su aplicación. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando las mujeres estén en situación desfavorable frente a los hombres en lo que concierne al disfrute de una oportunidad o beneficio particulares a causa de desigualdades preexistentes. La aplicación de una ley neutra en cuanto al género puede perpetuar la desigualdad existente o agravarla”<sup>69</sup>.

69 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N° 16: *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. U.N. Doc. E/C.12/2005/4, párr. 12 y 13.

La discriminación directa es aquella donde se realiza una distinción en el trato que se basa explícitamente una categoría sospechosa; en la Observación General antes citada, se menciona la situación de las mujeres, pero es aplicable a otros actos discriminatorios. Por ejemplo, en nuestro país, hasta 1998 se hacía una distinción en el trato entre los hijos e hijas a partir de la existencia o no de un vínculo matrimonial entre sus padres. La normativa, entre otros efectos, limitaba los derechos hereditarios de las personas que hubieren nacido fuera del matrimonio. Tal distinción en el trato daba cuenta de las valoraciones sociales respecto a qué familias debía protegerse y cuáles desalentarse, generando entre parientes verdaderas castas o clases de hijos de primera y de segunda categoría.

Por el contrario, la discriminación indirecta es aquella en la que si bien no existe el ánimo de discriminar e inclusive se redacta una norma o se formula una política pública en forma neutra, en los hechos produce un perjuicio al goce de los derechos de una persona. Nuevamente, un ejemplo será esclarecedor. Imagínese una institución en que las evaluaciones de desempeño estén asociadas a la realización de capacitaciones. Las capacitaciones se ofrecen dos días a la semana, después del término de la jornada laboral. La inmensa mayoría de quienes se inscriben son hombres. Luego, al momento de calificarlos, ellos tienen más puntajes que sus pares mujeres y son promovidos a mejores cargos con sueldos más altos. La ausencia de las mujeres no se debe, necesariamente, a su desidia o falta de ambición, sino más bien a que los horarios posteriores al término de la jornada laboral son aquellos donde la mayoría de ellas realiza tareas de cuidado hijos e hijas o de adultos no-valentes. Como puede apreciarse, esta medida, en principio neutra, tiene efectos perniciosos en el caso de las mujeres

que asumen como principal soporte, las tareas de cuidado.

## 2. De *jure* o de *facto*

La discriminación puede ser de *jure* cuando se contiene en una norma explícita una distinción en el trato que resulte arbitraria –por ejemplo, la condición subordinada al marido de la mujer casada en sociedad conyugal-, o de *facto*, cuando a partir de determinados hechos concretos que no estén contenidos en una norma –por ejemplo, que un operador jurídico le indique a una víctima de violación que fue atacada por la forma en que vestía-.

Cabe destacar que el derecho internacional de los derechos humanos establece que las obligaciones de los Estados no se satisfacen con la mera existencia de normas que formalmente aseguren la igualdad. Muy por el contrario, la igualdad en el goce de los derechos y ante la ley debe ser real. En este sentido, es interesante destacar la Observación General Nº 28, en lo relativo al papel que la cultura puede desempeñar como una invocación a la existencia de ciertas prácticas discriminatorias:

“La desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. El papel subordinado que tiene la mujer en algunos países queda de manifiesto por la elevada incidencia de selección prenatal por el sexo del feto y el aborto de fetos de sexo femenino. Los Estados Partes deben cerciorarse de que no se utilicen las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración del derecho de la mujer a la igualdad ante la ley y al disfrute en condiciones de igualdad de todos los

derechos previstos en el Pacto. Los Estados Partes deberán presentar información adecuada acerca de aquellos aspectos de la tradición, la historia, las prácticas culturales y las actitudes religiosas que comprometan o puedan comprometer el cumplimiento del artículo 3 e indicar qué medidas han adoptado o se proponen adoptar para rectificar la situación”<sup>70</sup>.

La Corte Interamericana define en igual sentido el contenido de las obligaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues estima que “[...] los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias. [...] En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de **jure o de facto**. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales”<sup>71</sup>.

70 Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 28: *La igualdad de derechos entre hombres y mujeres* (artículo 3). U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 5.

71 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03: *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003, párr. 88 y 103. Énfasis añadido.

### c. Cláusulas autónomas y subordinadas

Los tratados internacionales de derechos humanos establecen, en general, dos tipos de cláusulas en relación a la prohibición de discriminación y el derecho a la igualdad. La primera de ellas se denomina subordinada y la segunda autónoma.

Las cláusulas subordinadas son aquellas en las que el goce de los derechos debe garantizarse *sin discriminación*. Por ejemplo, en el caso del sistema interamericano, las obligaciones que consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos se condicionan a la prohibición de discriminación:

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a **respetar** los derechos y libertades reconocidos en ella **y a garantizar** su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación alguna** por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”<sup>72</sup>.

Esto significa que, para efectos de interpretar el contenido y alcance de los derechos, el intérprete debe tener en consideración la situación particular en la que se encuentran los titulares de los mismos; de esta forma, se respeta y garantiza efectivamente el pleno goce y respeto de los derechos humanos.

Este ha sido el prisma desde el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha revisado las obligaciones del Estado tratándose

72 Artículo 1.1., Convención Americana sobre Derechos Humanos. Énfasis añadido.

de personas pertenecientes a colectivos históricamente discriminados. Por ejemplo, tratándose de los derechos políticos<sup>73</sup> de los Pueblos Indígenas, la Corte determinó que éstos debían ser garantizados sin discriminación, cuestión que suponía que se reconociera su cultura para efectos de ejercer este derecho. En concreto, que la exigencia de participación a través de un partido político implicaba una imposibilidad para las personas pertenecientes a las comunidades de ejercer sus derechos políticos, reconocidos en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>74</sup>.

Un factor determinante en esta comprensión de las cláusulas subordinadas es que éstas pueden exigir de parte de los Estados que éstos adopten medidas de carácter permanente en aras a garantizar el ejercicio de ciertos derechos para personas que son parte colectivos históricamente discriminados. Esta forma positiva de comprender la prohibición de discriminación la relaciona directamente con su contracara: la igualdad. Luego, el respeto y garantía sin discriminación supone adoptar medidas que permitan *de facto* y *de jure* que todas las per-



sonas gocen de sus derechos. Esto, en el caso de las personas que pertenecen a grupos históricamente discriminados, implica comprender las desventajas estructurales con las que cargan y, lejos de interpretar los derechos sin esta mirada o bajo un pretendido trato neutro, suponen hacerse cargo de éstas. En el caso de los Pueblos Indígenas, la lectura de sus derechos debe hacerse considerando la cultura colonialista y la condición socio-económica en la que efectivamente se encuentran.

Las cláusulas autónomas son aquellas en las que no existe una remisión a un derecho en particular, sino que debe asegurar la igualdad en un determinado plano, por ejemplo, igualdad ante la ley o igual protección en la ley. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, un ejemplo lo constituye el artículo 24:

Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

73 Artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

74 Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene una norma similar en el artículo 26:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El derecho a la igualdad ante la ley tiene como consecuencia el que el Estado no pueda, a través de las normas, realizar discriminaciones, incluso si éstas están relacionadas con actos que no sean derechos. Por ejemplo, si el Estado entrega un subsidio social, es altamente plausible que ese subsidio no sea justiciable ni esté disponible para toda la población. No obstante, los criterios a partir de los cuales se determina quién puede acceder a éste no pueden ser discriminatorios. Nuevamente, un caso permitirá ilustrar el punto. Si un Estado entrega a todas las personas una prestación por desempleo, pero decide que, tratándose de las mujeres casadas no lo hará, pues ellas no son el sustento principal de su familia, sino sus maridos, estamos frente a un caso de discriminación que no requiere conexión con otros derechos. Es decir, una cláusula como la contenida en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no establece un contenido determinado, en este caso, no establece una obligación de contar con un sistema de seguridad social. No obstante, si éste se encuentra normado en el Estado, debe hacerse respetando la igualdad ante la ley<sup>75</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto ha señalado que:

[E]l artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención.

En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos ha indicado respecto del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“Si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. Esto es, el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley; también dispone que la ley garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos en él enumerados. **A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discrimina-**

75 Este ejemplo fue tomado de la Comunicación N°

172/1984 del Comité de Derechos Humanos, en el caso *S.W.M. Broeks vs. Países Bajos*.

**ción de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas.** Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto<sup>76</sup>.

Las cláusulas autónomas ponen de relieve la importancia de que los Estados no realicen discriminaciones en la relación que tienen con sus ciudadanos y, en particular, en la forma que ésta tiene en el contenido de las leyes. Esta garantía ha sido especialmente importante tratándose de los derechos económicos, sociales y culturales, pues habitualmente se les considera no justiciables. Luego, si bien no existe, por ejemplo, un derecho justiciable a la salud o la seguridad social, si lo es a que éstos se entreguen sin discriminación.

#### **d. Cómo se constata la existencia de una discriminación**

No toda distinción en el trato es *per se* discriminatoria. Por el contrario, habrá algunas que son legítimas. Lo determinante es establecer por qué unas son discriminatorias y otras no.

Los órganos de tratados habitualmente observarán si las distinciones en el trato “son razonables y objetivas y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del

Pacto”<sup>77</sup>. Esta línea de interpretación es consistente con lo indicado por la Corte Europea: “[s]egún la jurisprudencia establecida por el Tribunal, una distinción es discriminatoria si ‘no tiene una justificación objetiva y razonable’, es decir, si no persigue un ‘objetivo legítimo’ o si no existe una ‘relación razonable de proporcionalidad’ entre los medios empleados. Y el objetivo que buscó ser realizado”<sup>78</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sigue este modelo: [...] la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, este Tribunal estableció que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una **fundamentación rigurosa**, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva”<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 18: *No discriminación*, 1989, párr. 12.

<sup>77</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 18: *No discriminación*, 1989, párr. 13.

<sup>78</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. *Case of Marckx V. Belgium*. App. N°6833/74, sentencia 13 de junio de 1979. Cita en su idioma original: According to the Court’s established case-law, a distinction is discriminatory if it “has no objective and reasonable justification”, that is, if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”

<sup>79</sup> Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 106. Énfasis añadido.





La Corte ha avanzado en precisar cuál es el estándar de análisis a partir del cual se considerará que una distinción será legítima, y cuándo discriminatoria. Ha señalado que éste se trata de un escrutinio estricto y que la distinción debe responder a un “objetivo convencionalmente imperioso”. Será determinante, para la Corte, el que no se constate que exista una alternativa menos lesiva y que, a partir de un juicio de proporcionalidad “[...]en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma”<sup>80</sup>.

Por ejemplo, en el caso de Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile<sup>81</sup>, la Corte analizó detenida-

80 Corte IDH. Opinión consultiva OC-24/17: *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, de 24 de noviembre de 2017, párr. 81.

81 Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

mente si la justificación ofrecida por el Estado chileno para distinguir en el caso era o no arbitraria. Su análisis concluyó que los motivos para distinguir no eran ni objetivos ni razonables, sino, por el contrario, arbitrarios. En el caso *Duque Vs. Colombia*, la Corte estimó que el Estado “no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni sobre por qué el hecho de recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa finalidad”<sup>82</sup>. Esta distinción se refería a la imposibilidad de que personas del mismo sexo pudieran optar a la pensión de sobrevivencia de sus compañeros.

#### e. Situación de la discriminación interseccional

Según fue señalado anteriormente, la discriminación se funda en una distinción arbitraria

82 Corte IDH. Caso *Duque Vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 107.

basada en determinadas categorías. En la práctica, es posible que una persona se vea afectada simultáneamente por más de una de aquellas categorías, por ejemplo, sexo y raza. El reconocimiento de esta realidad ha dado origen al concepto de discriminación interseccional<sup>83</sup>. El enfoque interseccional plantea que al concurrir más de un factor de discriminación o exclusión sobre una persona —o grupo de personas— se configura una situación específica, de la que no da cuenta adecuadamente la consideración de cada uno de los factores individualmente analizados<sup>84</sup>.

Este criterio ha sido ampliamente recogido por el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente por los Comités de Naciones Unidas encargados de la supervisión de tratados referidos a formas específicas de discriminación. En este sentido, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial ha especificado las diferencias entre la discriminación racial que afecta a hombres y mujeres:

“El Comité toma nota de que la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a los hombres en igual medida ni de la misma manera. Existen circunstancias en que afecta únicamente o en primer lugar a las mujeres, o a las mujeres de distinta manera o en distinta medida que a los hombres. A menudo no se detecta si no se reconocen explícitamente las diferentes experiencias de unas u otros en la vida pública y privada.

Determinadas formas de discriminación racial pueden dirigirse contra las mujeres en calidad de tales como, por ejemplo, la violencia sexual cometida contra las mujeres de determinados grupos raciales o étnicos en detención o durante conflictos armados; la esterilización obligatoria de mujeres indígenas; el abuso de trabajadoras en el sector no estructurado o de empleadas domésticas en el extranjero. La discriminación racial puede tener consecuencias que afectan en primer lugar o únicamente a las mujeres, como embarazos resultantes de violaciones motivadas por prejuicios raciales; en algunas sociedades las mujeres violadas también pueden ser sometidas a ostracismo. Además, las mujeres pueden verse limitadas por la falta de remedios y mecanismos de denuncia de la discriminación a causa de impedimentos por razón de sexo, tales como los prejuicios de género en el ordenamiento jurídico y la discriminación de la mujer en la vida privada”<sup>85</sup>.

Posteriormente, el Comité especificó que “[l]os “motivos” de la discriminación se amplían en la práctica con la noción de “interrelación”<sup>86</sup>, que permite al Comité abordar

83 Para una exposición del origen y desarrollo del concepto, ver: Rey Martínez, Fernando. “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 28, N° 84, 2008, pp. 251-283.

84 La primera conceptualización teórica del concepto de discriminación interseccional suele atribuirse a: Crenshaw, Kimberlé (\*). “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”. *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139-167. Disponible en español en: Crenshaw, Kimberlé. *Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color*. En: Platero, Raquel (Lucas) (ed.). “Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada”. Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2012.

85 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación general N° 25: *Dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género*. 2000, párr. 1-2.

86 Nota: en el texto original de la recomendación gene-

90

situaciones de doble o múltiple discriminación —como la discriminación por motivos de género o de religión— cuando la discriminación por este motivo parece estar interrelacionada con uno o varios de los motivos enumerados en el artículo 1 de la Convención”<sup>87</sup>.

En 2018, el Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad desarrolló en mayor profundidad el concepto de discriminación interseccional en su Recomendación General N° 6:

“La discriminación puede basarse en una característica única, como la discapacidad o el género, o en características múltiples y/o interrelacionadas. La “discriminación interseccional” se produce cuando una persona con discapacidad o asociada a una discapacidad experimenta algún tipo de discriminación a causa de esa discapacidad, en combinación con el color, el sexo, el idioma, la religión, el origen étnico, el género u otra condición. La discriminación interseccional puede aparecer en forma de discriminación directa o indirecta, denegación de ajustes razonables o acoso. Por ejemplo, aunque denegar el acceso a información general relacionada con la salud debido a la utilización de un formato inaccesible afecta a todas las personas en razón de su discapacidad, denegar a una mujer ciega el acceso a servicios de planificación familiar restringe sus derechos por la intersección del género y la discapacidad. En muchos casos, resulta difícil separar esos motivos.

Los Estados partes deben hacer frente a la discriminación múltiple e interseccional contra las personas con discapacidad. Según el Comité, la “discriminación múltiple” es aquella situación en la que una persona puede experimentar discriminación por dos o más motivos, lo que hace que la discriminación sea compleja o agravada. La discriminación interseccional se refiere a una situación en la que varios motivos operan e interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables y, de ese modo, exponen a las personas afectadas a tipos singulares de desventajas y discriminación”<sup>88</sup>.

En el ámbito regional, el criterio de la interseccionalidad fue recogido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al examinar el caso *I.V. vs. Bolivia*. El caso se refiere a los hechos vividos por la señora I.V., una mujer de nacionalidad peruana que se encontraba en Bolivia en calidad de refugiada, quien fue sometida a una esterilización quirúrgica no consentida, que tuvo por efecto la pérdida permanente de su función reproductora. Uno de los asuntos debatidos ante la Corte fue la afectación del derecho de acceso a la justicia de la víctima, pues durante los procesos judiciales intentados para establecer las responsabilidades por la realización del procedimiento de esterilización se produjeron diversos errores procesales y dilaciones que llevaron a que se declarase la extinción de la acción penal y se archivara el asunto, sin resultados. En este contexto, la Corte sostuvo:

ral, en inglés, se usa la palabra “intersectionality”, que en la versión en español fue traducida como “interrelación”.

87 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación general N° 32: *Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, 2009, párr. 7.

88 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general N° 6: *Sobre la igualdad y la no discriminación*, 2018, párr. 19. Énfasis añadido.

“318. Además, la Corte nota que en el caso de la señora I.V. confluyeron en forma interseccional múltiples factores de discriminación en el acceso a la justicia asociados a su condición de mujer, su posición socio-económica y su condición de refugiada.

319. En efecto, en el presente caso, dicha discriminación confluyó además con una vulneración al acceso a la justicia con base en la posición socio-económica de la señora I.V., en tanto los cambios de jurisdicción para la radicación de la causa en el segundo y el tercer juicio penal, hicieron que se presentara un obstáculo geográfico en la accesibilidad al tribunal. Ello implicó un elevado costo socio-económico de tener que trasladarse a una distancia prolongada, al extremo de tener que viajar un trayecto de aproximadamente 255 km en el caso del proceso tramitado ante el Tribunal de Sica Sica, y cubrir viaje, hospedaje y otros costos del traslado no solo de ella sino también de los testigos, lo cual conllevó evidentemente a un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia. Lo anterior constituyó una discriminación en el acceso a la justicia con base en la situación socio-económica, en los términos del artículo 1.1 de la Convención.

320. Por otra parte, la Corte nota que el hecho de tener la condición de persona con estatuto de refugiado, es decir, de ser persona que se vio obligada a huir de su país de origen y buscar protección internacional por tener un temor fundado a ser objeto de persecución, determinó que la señora I.V. y su esposo se sintieran nuevamente desprotegidos en la búsqueda de justicia toda vez que, a raíz de sus reclamos, recibieron diversos tipos de presiones, incluyendo averiguaciones sobre la calidad de su residencia en Bolivia.

321. La discriminación que vivió I.V. en el acceso a la justicia no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”<sup>89</sup>.

#### f. Acción afirmativa e interpretación conforme con la igualdad

Como se señaló antes, las obligaciones de los Estados en materia de igualdad se refieren a la discriminación tanto *de jure* como *de facto*. En relación con la igualdad sustantiva, se ha reconocido que la formulación tradicional de la doctrina de igualdad y no discriminación es incapaz de revertir situaciones de discriminación estructural, respecto de las cuales se requiere de medidas especiales, de tipo afirmativo:

“el principio de no-discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no nos provee de suficientes herramientas para decidir en una gran cantidad de casos en los que las diferencias de hecho entre las personas, y en particular las diferencias que surgen a partir de un trato sistemáticamente excluyente o de sometimiento, son relevantes para realizar tratos diferentes que no serían tolerados por esa visión individualista de la igualdad. Uno de los desafíos más complejos que en este sentido enfrenta la interpretación individualista de la igualdad ante la ley está dado por el establecimiento de acciones afirmativas”<sup>90</sup>.

89 Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Énfasis añadido.

90 Saba, Roberto. “(Des)igualdad estructural”. Revis-

92

En este sentido, para hacer realidad la igualdad de *facto*, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce la necesidad de que los Estados adopten medidas especiales, de carácter temporal, “para remediar o compensar situaciones estructurales de discriminación histórica contra ciertos grupos y evitar que dicha discriminación se perpetúe”<sup>91</sup>. Estas medidas son especiales en el sentido que deben tener un objetivo específico, y son temporales pues deben retirarse una vez alcanzado dicho objetivo.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha referido a estas medidas en los siguientes términos:

“el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”<sup>92</sup>.

La CEDAW, por su parte, establece expresamente la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales de carácter temporal destinadas a acelerar la igualdad de *facto* entre hombres y mujeres, las que deberán cesar cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato (artículo 4.1). El Comité CEDAW ha señalado que los Estados tienen la obligación de adoptar y aplicar estas medidas en relación con cualquiera de los artículos de la Convención, cuando ellas sean “necesarias y apropiadas para acelerar el logro del objetivo general de la igualdad sustantiva o de *facto* de la mujer o de un objetivo específico relacionado con esa igualdad”<sup>93</sup>. Asimismo, el Comité ha precisado el alcance de la obligación de adoptar medidas especiales de carácter temporal:

“Las medidas que se adopten en virtud del párrafo 1 del artículo 4 por los Estados Partes deben tener como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito. El Comité considera la aplicación de estas medidas no como excepción a la regla de no discriminación sino como forma de subrayar que las medidas especiales de carácter temporal son parte de una estrategia necesaria de los Estados Partes para lograr la igualdad sustantiva o de *facto* de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien la aplicación de medidas especiales de carácter temporal a menudo repara las consecuencias de la discriminación sufrida

ta Derecho y Humanidades. N°11, 2005, p. 143.

91 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas”. 2011, párr. 36.

92 Comité de Derechos Humanos. Observación ge-

neral N° 18: *No discriminación*, 1989, párr. 10.

93 Comité CEDAW. Recomendación General N° 25: *Párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - Medidas especiales de carácter temporal*, 2004, párr. 24.

por la mujer en el pasado, los Estados Partes tienen la obligación, en virtud de la Convención, de mejorar la situación de la mujer para transformarla en una situación de igualdad sustantiva o de facto con el hombre, independientemente de que haya o no pruebas de que ha habido discriminación en el pasado. El Comité considera que los Estados Partes que adoptan y aplican dichas medidas en virtud de la Convención no discriminan contra el hombre<sup>94</sup>.

El Comité ha reafirmado que la especialidad de las medidas se refiere a que éstas deben tener un objetivo específico, y en cuanto a la temporalidad, ha puntualizado que su duración debe determinarse “teniendo en cuenta el resultado funcional que tiene a los fines de la solución de un problema concreto y no estableciendo un plazo determinado. Las medidas especiales de carácter temporal deben suspenderse cuando los resultados deseados se hayan alcanzado y se hayan mantenido durante un período de tiempo”<sup>95</sup>. Respecto de los tipos de medidas que pueden adoptarse en virtud del artículo 4.1 de la Convención, ha señalado que:

“El término ‘medidas’ abarca una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa, y reglamentaria, como pueden ser los programas de divulgación o apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados; y los sistemas de cuotas. La elección de una “medida” en particular dependerá del contexto en que se aplique el párrafo 1

del artículo 4 y del objetivo concreto que se trate de lograr”<sup>96</sup>.

En conclusión, la adopción de medidas especiales de carácter temporal es una obligación internacional de los Estados en virtud del artículo 4.1 de la CEDAW. Si bien estas medidas han sido criticadas por establecer un beneficio desigual para las personas destinatarias, lo cierto es que desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos no constituyen discriminación, pues se trata de distinciones que tienen un propósito legítimo en virtud de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos: la realización de la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres. Su especificidad y temporalidad, a la vez, tienden a asegurar una relación razonable de proporcionalidad entre las medidas y la consecución del propósito al que sirven.

94 *Ibid.*, párr. 18.

95 *Ibid.*, párr. 20.

96 *Ibid.*, párr. 22.

## IV. Cumplimiento de las obligaciones de los tratados internacionales de derechos humanos y el control de convencionalidad

Las formas que reviste el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos es una materia regulada en el derecho internacional y en los foros domésticos. Tratándose del primero, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece el deber de los Estados Parte de cumplir con éstos *-pacta sunt servanda-* y hacerlo de buena fe. Igualmente, indica que no pueden invocar su derecho interno para cumplir con los tratados con los que se obligan (artículos 26 y 27). La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece una obligación explícita, además, de adecuar el derecho interno de los Estados parte en aras a garantizar su cumplimiento (artículo 2).

Respecto del segundo, es decir de los foros domésticos, corresponde a la realidad y a la idiosincrasia jurídica de cada Estado cómo cumplirá las obligaciones contenidas en los tratados internacionales. Con miras a cumplir de buena fe sus obligaciones convencionales, los Estados deben abordar ciertas materias: (i) se incorporará el derecho internacional por el solo hecho de adherir a éste el Estado o se requerirá de un acto formal, por ejemplo, una ley o su publicación, (ii) una vez que se considera parte del ordenamiento jurídico nacional, ¿qué jerarquía tiene en la pirámide de normas?, (iii) considerando que existen normas autoejecutables de otras que no lo son, ¿es posible la aplicación directa de un tratado internacional por parte de tribunales?

Respecto del primer punto, referido a la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno, es preciso considerar que, como señala el profesor Santiago Benadava, “el derecho internacional no impone a los Estados una modalidad determinada para introducir sus normas en el plano interno; solo les impone la obligación de asegurar el cumplimiento de las reglas de derecho internacional. Corresponde, pues, a cada Estado establecer las modalidades de recepción en su Constitución, en su legislación o en su práctica judicial y administrativa”<sup>97</sup>.

En el caso de Chile, los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso (artículos 32 N° 15 y 54 N° 1 de la Constitución), antes de su ratificación por el Presidente de la República. La aprobación de los tratados por el Congreso se somete a los trámites de una ley y requiere de los quórum que corresponda según el tipo de norma que contengan, de conformidad con el artículo 66 de la Constitución. Una vez aprobados por el Congreso, los tratados internacionales son promulgados a través de un decreto del Presidente de la República y publicados en el Diario Oficial, con lo que se completa su incorporación al derecho nacional.

En relación con la jerarquía de los tratados internacionales, en el derecho constitucional comparado se han dado diversas soluciones a

97 Benadava, Santiago. Derecho internacional público. 8<sup>va</sup> edición, Santiago, Lexis Nexis, 2004, p. 80.



la interrogante de cuál es el lugar que ocupan dichos instrumentos en el ordenamiento jurídico interno, las cuales generalmente consisten en optar por uno de los siguientes sistemas: (i) otorgar a los tratados internacionales jerarquía legal, (ii) otorgarles jerarquía supralegal pero infraconstitucional, (iii) otorgarles rango constitucional, y (iv) otorgarles jerarquía supraconstitucional. La Constitución chilena no contiene una norma que defina la jerarquía de los tratados internacionales, por lo cual esta materia ha quedado entregada a la jurisprudencia de los tribunales de justicia. En el caso específico de los tratados de derechos humanos, la doctrina y jurisprudencia nacionales han sostenido un amplio debate respecto de la posición que ocupan dentro del ordenamiento jurídico los tratados internacionales a los que se refiere el inciso segundo del artículo 5 de la

Constitución<sup>98</sup>, sin que pueda apreciarse una solución uniforme.

98 La discusión ha sido tratada, entre otros, en: Pfeffer, Emilio. Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno. *Revista Ius et Praxis*, Año 9, N° 1, 2002, pp. 467-484; Nogueira, Humberto. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Revista Ius et Praxis*, Año 9, N° 1, 2003, pp. 403-466; Henríquez, Miriam. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Revista Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, 2008, pp. 73-119; Aldunate, Eduardo. La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2, 2010, pp. 185-210; Nogueira, Humberto. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2010. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N° 1, 2012, pp. 149-197.



En las últimas décadas, algunas sentencias de los tribunales superiores de justicia han reconocido rango constitucional a los tratados de derechos humanos. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago falló en el año 2006:

“Que, en 1989, se agregó el siguiente inciso segundo al artículo 5° de la Constitución Política de la República: El ejercicio de la soberanía reconoce, como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. El artículo 5° le otorga así, rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto a los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”<sup>99</sup>.

En particular, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido rango supralegal a los tratados internacionales de derechos humanos al referirse a la prescripción de las acciones de indemnización civil derivadas de delitos de lesa humanidad:

#### “QUINTO

Que sobre el punto traído a estrados resulta necesario tener en cuenta que reiterada jurisprudencia de esta Corte ha señalado

<sup>99</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, *González Sáez c/ INP*, 2006, considerando 7°. Citado en: Henríquez, Miriam. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Revista Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, 2008, p. 101.

que en el caso de delitos de lesa humanidad, como el que sustenta la demanda de los actores, siendo la acción penal persecutoria imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria está sujeta a las normas sobre prescripción contenidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional de acuerdo con el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno, que en virtud de la ley N° 19.123 reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas de violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, comprendidos en los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario (en este sentido, SSCS Rol N° 1.424-13 de 1 de abril de 2014, Rol N° 22.652-14 de 31 de marzo de 2015, Rol N° 20.288-14 de 13 de abril de 2015, Rol N° 62.211-16 de 23 de enero de 2017 y Rol N° 82.246-16 de 27 de abril de 2017).

#### [...] SÉPTIMO

Que por lo demás, las acciones civiles entabladas por los familiares de las víctimas en contra del Fisco, tendientes a conseguir la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, encuentran su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y

su consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación completa, en virtud de lo ordenado en los artículos 5°, inciso segundo, y 6° de la Constitución Política de la República.

Los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagran que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar otros preceptos de derecho interno, pues si se verifica un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una regla internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias del agravio. Esta preceptiva impone un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y en especial a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las disposiciones de derecho internacional que consagran este derecho a la reparación, pues ello podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Por esta razón no resultan aplicables a estos efectos las reglas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, como postula la sentencia en estudio, toda vez que **contradican lo dispuesto en la normativa internacional de superior jerarquía.**

## OCTAVO

Que, de otra parte, la indemnización del daño producido por el delito y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material, cuyo objeto radica en la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado de Chile, ya que **así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las disposiciones de derecho internacional consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional. Sus preceptos deben recibir aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo estatuido en el artículo 5° de la Constitución Política de la República,** por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, y así acata la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>100</sup> (énfasis añadido).

Como puede extraerse del texto citado, esta línea jurisprudencial establece que los tratados internacionales de derechos humanos tienen, dentro del ordenamiento jurídico nacional, una jerarquía superior a la ley, y que las normas internacionales consideradas *ius*

100 Corte Suprema, Rol N° 37175/2017, sentencia de 31 de mayo de 2018. En el mismo sentido: Corte Suprema, Roles N° 10439/2017, sentencia de 12 de junio de 2017 (considerandos 7° - 8°); N° 68814/2016, sentencia de 31 de mayo de 2017 considerandos 18° - 22°); N° 82246/2016, sentencia de 27 de abril de 2017 (considerandos 22° - 23°), entre otros.

98

*cogens* deben recibir aplicación preferente por sobre las normas internas que harían incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

En el caso citado, la Corte Suprema ha utilizado los tratados internacionales de derechos humanos para inaplicar una norma interna –la regla común de prescripción de las acciones civiles– contraria a las obligaciones internacionales del Estado. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia nacional ha dado también otros usos al derecho internacional de los derechos humanos, utilizándolo, en general, para llenar lagunas existentes en el derecho nacional y para otorgar concreción a principios jurídicos indeterminados –por ejemplo, los principios de debido proceso, interés superior del niño e igualdad y no discriminación–, a fin de hacerlos aplicables a casos concretos; asimismo, ha utilizado el derecho internacional de los derechos humanos para interpretar los derechos consagrados en la Constitución y las leyes, a fin de determinar su contenido y alcance, y para configurar nuevos derechos o nuevos contenidos dentro de un derecho<sup>101</sup>.

Estos usos del derecho internacional suponen responder previamente a la pregunta acerca de la autoejecutabilidad de los tratados internacionales de derechos humanos, es decir, si los tribunales nacionales pueden aplicar directamente estos instrumentos en ejercicio de la función jurisdiccional. Al respecto, cabe considerar las siguientes precisiones hechas por el Tribunal Constitucional al examinar la constitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes:

101 Nash, Claudio y Núñez, Constanza. “Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile”. *Revista Estudios Constitucionales*, Año 15, N° 1, 2017, pp. 15-54.

“Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina “self executing” y “non self executing”.

Las primeras son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.

Pueden existir tratados que solo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras”<sup>102</sup>.

En consecuencia, los tribunales nacionales podrán aplicar directamente las normas autoejecutables contenidas en tratados internacionales de derechos humanos, pues solo éstas tienen la precisión necesaria para operar como fuente del derecho interno. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema, que, refiriéndose a la garantía de ser juzgado dentro de un plazo razonable, ha establecido que en el estado actual del debate jurídico los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos “tienen

102 Tribunal Constitucional, Rol N° 309-2000, considerando 48°.

aplicación directa por estar incorporada al ordenamiento jurídico nacional luego de su publicación en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991, de acuerdo con lo prescrito en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República que establece como deber de todo órgano del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”<sup>103</sup>.

Es en este contexto y teniendo presentes las reglas jurisprudenciales sobre jerarquía y aplicación directa de los tratados internacionales que debe analizarse la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referidas al control de convencionalidad.

El concepto de control de convencionalidad aparece por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. En el fallo, al examinar la aplicación en Chile del decreto ley N° 2.191 (Ley de amnistía), la Cor-

te sostuvo que el Poder Judicial se encuentra vinculado por la obligación general de garantía de los derechos humanos establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, por lo tanto, debe abstenerse de aplicar cualquier norma legal que sea contraria a dicha Convención.

En este contexto, referido a las obligaciones internacionales de derechos humanos que recaen sobre el Poder Judicial, la sentencia señala:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana**”<sup>104</sup> (énfasis añadido).

103 Corte Suprema, Rol N° 5.316/2016, sentencia de 11 de mayo de 2017, considerando 17°. En el mismo sentido: Corte Suprema, Rol N° 37597/2015, sentencia de 16 de enero de 2017, considerando 11°; Rol N° 15929/2017, sentencia de 10 de enero de 2017, considerando 5°; Rol N° 41.099/2016, sentencia de 26 de diciembre de 2016, considerando 5°; Rol N° 37.181/15, de 29 de noviembre de 2016, considerando 3°; Rol N° 16.644/2014, de 10 de septiembre de 2015, considerando 10°; Rol N° 21.647/2014, de 10 de junio de 2015, considerando 5°, entre otras. Al respecto, cabe precisar que los tratados internacionales de derechos humanos que contienen figuras penales, de acuerdo con la jurisprudencia nacional, no tienen aplicación directa mientras no se dicte la legislación penal específica para sancionar tales figuras (así, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema de 24 de agosto de 1990, que resolvió que la Convención sobre Prevención y Represión del Delito de Genocidio, a pesar de encontrarse incorporada como ley interna, no tenía actual aplicación por no haberse dictado la ley penal pertinente).

104 Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124. En los mismos términos se pronunció la Corte en el Caso *La Cantuta Vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 173.



Respecto de los fundamentos del control de convencionalidad, la Corte ha precisado que “[d]e acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, [el Estado] debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales”<sup>105</sup>. Asimismo, ha afirmado que “la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede merchado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”<sup>106</sup>.

105 *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 77.

106 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de

Con posterioridad al caso Almonacid, el desarrollo de la jurisprudencia interamericana ha sido uniforme en cuanto a afirmar que el control de convencionalidad constituye una obligación conforme al derecho internacional y que éste debe realizarse ex officio<sup>107</sup>, no solo

noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128. En el mismo sentido: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 180; *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 339; *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México* Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 236; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 219; *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Sentencia de 30 de enero de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 151. 107 *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128; *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 339; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 (Fondo, Repara-

por el Poder Judicial, sino que por toda autoridad pública<sup>108</sup>, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales aplicables. Sin perjuicio de ello, durante la primera década de uso del concepto de control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, más del 80% de los mandatos relativos a su ejercicio fueron dirigidos a los jueces y tribunales de justicia<sup>109</sup>.

Respecto del caso particular de la administración de justicia, la Corte IDH ha sostenido que la obligación de ejercer el control de convencionalidad vincula a los jueces de todos los niveles<sup>110</sup>, a la vez que ha precisado ciertos estándares específicos a su respecto.

---

ciones y Costas), párr. 202; Caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 176; Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), párr. 193; Caso *Mendoza y otros Vs. Argentina*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), párr. 221, entre otros.

108 Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), párr. 239; Caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 497; Caso *Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Sentencia de 14 de octubre de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 213, entre otros.

109 Castilla Juárez, Karlos. “Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”. Revista IIDH, Vol. 64, julio – diciembre de 2016, p. 97.

110 Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 225; Caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Sentencia de 30 de enero de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 151; Caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 311, entre otros.

Así, por ejemplo, la jurisprudencia reciente ha señalado:

“Si bien las actuaciones de las autoridades estatales están cubiertas por una presunción de comportamiento conforme a derecho, en casos en que se alega una actuación arbitraria o una desviación de poder, la autoridad llamada a controlar tal actuación debe verificar, por todos los medios a su alcance, si existe una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal que justificarían formalmente su actuación (...). Lo anterior es, sin duda, parte de la obligación de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas o los actos estatales y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En este caso, ante alegatos de persecución o discriminación política, represalia encubierta o restricciones arbitrarias indirectas al ejercicio de una serie de derechos, los jueces estaban en posición y obligación, por control de convencionalidad, de garantizar una protección judicial con las debidas garantías a las presuntas víctimas [...]”<sup>111</sup>.

La Corte ha precisado que el control de convencionalidad no se limita a verificar la compatibilidad entre la normativa interna y la CADH, sino que abarca todos los instrumentos de derechos humanos del sistema interamericano de los cuales el Estado es parte, así como también la jurisprudencia de la Corte

---

111 Corte IDH. Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Sentencia de 8 de febrero de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 191.

102

IDH<sup>112</sup> y las opiniones consultivas que dicho Tribunal emite en ejercicio de su competencia no contenciosa<sup>113</sup>.

Por último, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que la aplicación del control de convencionalidad, en el marco de la obligación general impuesta a los Estados por el artículo 2 de la CADH, puede implicar la obligación de suprimir la legislación interna que resulte incompatible con los tratados internacionales de derechos humanos<sup>114</sup>, o bien, requerir que dichas normas sean interpretadas de conformidad con las obligaciones convencionales<sup>115</sup>. En este último caso, el mandato se dirige primordialmente hacia los jueces:

“En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a

112 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala*. Sentencia de 20 noviembre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 330; *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 262, entre otros.

113 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-21/14: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Resolución de 19 de agosto de 2014, párr. 31, entre otros. Más recientemente, en: Corte IDH. *Opinión consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Resolución de 24 de noviembre de 2017, párr. 26.

114 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 121; *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), párr. 332, entre otros.

115 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 338 y ss.

los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso.”<sup>116</sup>.

A modo de síntesis, los estándares jurisprudenciales respecto del contenido y alcance del control de convencionalidad que han sido referidos pueden resumirse en los siguientes elementos:

“a) [El control de convencionalidad] [c]onsiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública”<sup>117</sup>.

116 *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 284; *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 305.

117 Corte IDH. “Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de convencionalidad”. San José, 2015, p. 6.

## V. Evolución histórica e incorporación de la igualdad y la prohibición de discriminación en la legislación doméstica

Hace algunos años, si se analizaba el marco institucional de un país sobre la base del concepto de género, era posible constatar que el sistema normativo era una parte más del mecanismo de género y era funcional a las dificultades que enfrentaban las mujeres y la comunidad LGBTI. Y a pesar de que la normativa ha cambiado, todavía subsisten dificultades u obstáculos sobre la materia.

La primera aproximación normativa consistió en constatar que el vehículo de entrada del género como un concepto relevante estaba contenido dentro del propio sistema normativo, ya fuese en el ámbito internacional o doméstico. La prohibición de discriminación y el derecho a la igualdad han estado contenido en los tratados internacionales de derechos humanos y en prácticamente todas las constituciones occidentales. Aquí se destaca la regulación contenida en la Constitución Política de la República de Chile sobre derechos fundamentales, tal como la consagración del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 número 2) y también la contenida en tratados internacionales ratificados por Chile (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El cruce normativo entre el género y la igualdad ha resultado virtuoso para efectos de elevar los estándares internos de los Estados Parte de los sistemas de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ha permitido que se instale como un elemento relevante a

fin que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación pueda sortear la natural invisibilización que producen las jerarquías del sistema sexo-género.

Durante los últimos 20 años se han dictado una serie de leyes cuyo contenido, directa o indirectamente, es significativo desde el punto de vista del resguardo al principio de igualdad y, particularmente, desde un enfoque de género. A continuación, expondremos un listado de las leyes más relevantes, junto con analizar dos regulaciones que son representativas de este ejercicio, pero —al mismo tiempo— utilizan mecanismos completamente diferentes para lograr el mismo objetivo: la igualdad. Estas regulaciones corresponden a la publicación de la ley N° 20.005 que modifica el Código del Trabajo con la finalidad de regular el acoso sexual y a la dictación de la ley N° 20.840 que pone fin al sistema binominal y crea uno proporcional inclusivo.



### a. Cuadro comparativo de legislaciones chilenas que promueven el principio de igualdad con enfoque de género

Legislación	Fecha de publicación	Breve descripción de su contenido
Ley N° 19.023 que Crea el Servicio Nacional de la Mujer.	3 de enero de 1991	Esta ley crea por primera vez una institucionalidad abocada a la promoción de los derechos de las mujeres.
Ley N° 19.335 que Establece el Régimen de Participación en los Gananciales, y Modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y Otros Cuerpos Legales que Indica.	23 de septiembre de 1994	Se modifican los regímenes patrimoniales del matrimonio, creando el régimen de participación en los gananciales.
Ley N° 19.585 que modifica el Código Civil y otros Cuerpos Legales en Materia de Filiación.	26 de octubre de 1998	Esta regulación pone fin a la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos.
Ley N° 19.617 que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros Cuerpos Legales en Materias Relativas al delito de violación.	12 de julio de 1999	Ley que modifica el delito de violación, ampliando la forma de consumación del delito penal, entre otras materias.
Ley N° 19.947 que Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil.	7 de mayo del 2004	Esta regulación moderniza el contrato de matrimonio civil, incluyendo normas sobre divorcio, cuidado personal, relación directa y regular y compensación económica para aquel cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común.
Ley N° 20.066 que Establece Ley de Violencia Intrafamiliar.	7 de octubre de 2005	Ley que tiene por propósito prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma.
Ley N° 20.480 que modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el "Femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio.	18 de diciembre de 2010	Crea el delito de femicidio.

Legislación	Fecha de publicación	Breve descripción de su contenido
Ley N° 20.609 que Establece Medidas contra la Discriminación.	12 de julio de 2012	Sanciona la discriminación arbitraria efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, incluyendo como motivo de discriminación el sexo.
Ley N° 20.820 que Crea el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género.	20 de marzo de 2015	Esta regulación moderniza la institucionalidad sobre las mujeres, dotando de mayores atribuciones y funcionarios, en conformidad con los nuevos desafíos que enfrentan las mujeres en el país.
Ley N° 20.915 que Fortalece el Carácter Público y Democrático de los Partidos Políticos y Facilita su Modernización.	15 de abril del 2016	Incluye criterio de paridad en la integración de los órganos colegiados de los Partidos Políticos.
Ley N° 20.950 que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales.	8 de septiembre de 2016	La última reforma laboral incluyó criterios de paridad en la integración de comisiones negociadoras, sindicatos y en el Consejo Superior Laboral.
	Con fecha 28 de noviembre se promulgó la ley de identidad de género. A la fecha de entrega de este informe en derecho, la ley todavía no había sido publicada. Por lo mismo, se hace mención a su existencia, la que claramente promueve el principio de igualdad ante la ley, pero no se describe en detalle su contenido debido a que su publicación está pendiente.	



### **b. Regulación sobre Acoso Sexual**

El año 2005 se dicta la Ley N° 20.005 que modifica el Código del Trabajo creando la figura de acoso sexual como una vulneración a la dignidad de los trabajadores. Esta figura se aplica tanto en las relaciones regidas por el Código del Trabajo, como a los funcionarios que se sujetan al Estatuto de la Administración Pública.

Es importante estudiar esta regulación en detalle ya que, a pesar de que esta figura se crea en términos neutros, es decir, puede ser aplicada tanto para hombres como para mujeres, claramente la motivación principal que subyace a esta propuesta es dar respuesta a un problema que aqueja principalmente a las mujeres. Es decir, en la génesis de esta regulación se encuentran las mujeres y, a pesar de que la regulación misma no hace distinciones en cuanto a quienes son las personas que están sujetas a esta prohibición dentro de una relación laboral, socialmente existe un reconocimiento a ese interés.

Existen diversos enfoques para analizar la regulación de acoso sexual desde el punto de vista de las mujeres. A continuación, se expondrán dos.

En primer lugar, el acoso sexual es una manifestación de violencia de género. Es decir, el acoso no es una dinámica particular entre dos personas, sino que el hecho de tener a las mujeres como principales víctimas de acoso sexual, transforma esta regulación en una figura legal concordante con otras estadísticas que son representativas de la violencia de género, tales como las estadísticas sobre el delito de violación y violencia intrafamiliar, entre otras formas de abuso y violencia, señaladas con anterioridad en este informe.

Catharine MacKinnon es una filósofa que ha estudiado por años el feminismo en las ciencias sociales y el derecho, dedicando particular énfasis al estudio del acoso sexual. En su artículo titulado “Acoso Sexual: su Primera Década ante la Justicia”, dicha autora retrata el acoso sexual como la existencia de un daño significativo para las mujeres. En el caso del acoso

sexual, se suma a lo anterior el hecho de que dicho daño es invisibilizado por la sociedad<sup>118</sup>. El acoso sexual silencia a las víctimas desde un punto de vista social o históricamente se las ha silenciado a falta de regulación legal que hubiese permitido su reconocimiento. Esto se debe a que no se permitía a las mujeres tener un lugar a donde acudir, sino que se imponía una respuesta que transmitía que “acá no ha pasado nada”. En este sentido, la regulación sobre el acoso sexual cobra especial relevancia, ya que permitió que ese tipo de violencia fuese ilegítima desde un punto de vista legal y social. En otras palabras, la regulación sobre el acoso sexual transformó este fenómeno en un problema común y no puntual o accidental. Y de esta forma, también se logró su visibilización<sup>119</sup>.

En segundo lugar, el acoso sexual es reflejo de un ejercicio de poder en contra de las mujeres. Históricamente, las mujeres han sido relegadas a la esfera de lo privado<sup>120</sup>. Originalmente, lo privado podía ser considerado como el espacio doméstico, el que tiene una directa relación con las labores de cuidado de otros, incluyendo principalmente a niños y adultos mayores. Esto era relacionado, a su vez, con un perfil de sesgos o estereotipos, mediante el que se consideraba que las mujeres estaban más vinculadas con sus emociones, diferenciándose de esa forma de los hombres, quienes estaban supuestamente conectados con la razón. Una vez que la mujer logró hacer el tránsito de la esfera privada a la pública, esta función de cuidado y noción de desarrollo de las emociones siguió presente en su quehacer laboral.

Lo anterior se ve especialmente reflejado en las labores profesionales que empezaron a desarrollar las mujeres, teniendo una significativa presencia en estudios vinculados al mundo de la educación y la salud, tendencia que se constata incluso en la actualidad. A su vez, los espacios de participación pública no están formalmente cerrados para ellas, pero sin dudas son de más difícil acceso, lo que es reflejo de los sesgos recién descritos (más adelante revisaremos el problema de acceso a los lugares de participación política de las mujeres.)

En este contexto recién descrito del tránsito de las mujeres desde la esfera privada y de lo doméstico al espacio público, el acoso sexual representa una conducta que busca, consciente o inconscientemente, cuestionar dicho tránsito e invalidar la presencia de las mujeres en el espacio público como un par, como un interlocutor válido al que se le reconocen plenas facultades para desenvolverse en el mundo laboral. En otras palabras, el ejercicio del acoso sexual tiene un elemento discursivo que rechaza o menosprecia la presencia de mujeres en el espacio laboral o en el ámbito público. De esta forma, se reafirma que el acoso sexual no es únicamente un problema entre dos individuos, sino que es una dinámica de poder que tiene un sustento cultural arraigado en nuestra sociedad por años.

Nuevamente, la filósofa Catharine MacKinnon analiza esta relación entre el acoso sexual y el ejercicio del poder, indicando que dicha conducta constituye un acto de subordinación. En este sentido, el acoso sexual puede ser perpetrado por supervisores, por administrativos del más alto nivel en contra de empleadas de nivel bajo, así como por profesores hacia las alumnas. Pero esta subordinación también se manifiesta entre compañeros o colegas de

118 Ver Catharine MacKinnon, “El Acoso Sexual: su Primera Década ante la Justicia”, en *Feminismo Inmodificado. Discursos sobre el Vida y el Derecho*. Siglo veintiuno Editores, 2014, Argentina, pp. 151-172.

119 *Ibid*, p. 152.

120 Ver Simone de Beauvoir, *The Second Sex*, Vintage Books Edition, 1989.

108

trabajo o incluso por hombres que son jerárquicamente inferiores que las mujeres. La autora señala que todo lo anterior se permite o justifica socialmente por ser el acoso sexual una manifestación de un abuso sistemático de poder de jerarquía entre hombres hacia mujeres, siendo reflejo, a su vez, de esta exclusión social contra las mujeres de la que hacíamos mención con anterioridad<sup>121</sup>.

Esta multiplicidad de formas en las que se puede manifestar el acoso sexual está recogido en nuestra regulación nacional. La ley N° 20.005 regula el acoso sexual. Ésta tuvo su origen en la moción 1419-07, presentada por los diputados Sergio Aguiló Melo, María Angélica Cristi Marfil, Ramón Elizalde Hevia, Juan Pablo Letelier Morle y Marina Prochelle Aguilar y su tramitación duró un poco más de 10 años.

Entre otras cosas, esta ley modificó el artículo 2 del Código del Trabajo definiendo el acoso sexual, en los siguientes términos:

“Artículo 2. Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.

Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por

tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

Existen varios elementos significativos de esta regulación. El primero, es que no se exige que haya una relación jerárquica entre la persona acosada y quien acosa. Es decir, la regulación chilena es consistente con el planteamiento de MacKinnon de que el ejercicio de poder no solo se da en relaciones jerárquicas tradicionales. También es importante destacar que el acoso sexual se puede realizar por cualquier medio. Esto implica que el acoso sexual no se limita únicamente a un contacto corporal, sino que también incluye los gestos, las palabras, miradas, siendo incluso validado por la jurisprudencia interacciones que se dan por medio de redes sociales como el WhatsApp<sup>122</sup>. Asimismo, el acoso se constituye como tal cuando el acto de carácter sexual se realiza sin el consentimiento de la afectada. Es importante conectar la falta de consentimiento en el acoso sexual con el estudio que hace MacKinnon sobre las estructuras de poder que aquejan a las mujeres. Muchas veces existe la idea de que la víctima debería ser clara en rechazar actos de acoso sexual, de lo contrario, frente a su silencio o actitudes esquivas se podría deducir que ella provoca o sugiere conformidad con el acto de acoso. Esto fue planteado en términos expresos durante la tramitación legislativa. En la votación al final del primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, una parlamentaria indicó que:

121 Catharine MacKinnon, op cit., p. 156.

122 Ver RIT T-309-2018, Segundo Juzgado de Letras de Santiago, fecha 7 de junio 2018.

“Cuando una mujer es capaz de enfrentar a un hombre desde el primer momento con un “no” claro y preciso, posiblemente no va a ser víctima de acoso. Por el contrario, cuando una mujer dice “no” con elástico, va a ser víctima de acoso. El “no” con elástico se manifiesta frente a una insinuación, a una invitación, diciendo: “Bueno, hoy no puedo porque debo llegar a mi casa temprano; hoy no puedo porque me duele la cabeza; hoy no puedo porque debo estudiar”, con lo cual, a lo mejor, deja abierta la posibilidad para otro día. En esas circunstancias, esa mujer ya dio el paso para que quien la acose tenga la posibilidad de volver a molestarla<sup>123</sup>.

Esta observación se hizo a raíz de la necesidad de educar a las mujeres para que sean capaces de rechazar este tipo de conductas, interés loable y necesario. Pero el problema es que esa educación también tiene que tener presente las estructuras sociales de poder que aquejan a las mujeres, de lo contrario, un enfoque limitado sobre este fenómeno no hará otra cosa que imponer más presión aún sobre las mujeres, en el sentido de que al exigir conductas de rechazo explícitas al acoso sexual, la víctima se puede terminar transformando en victimaria (“la acosaron porque no fue capaz de poner límites claros”). En este sentido, una noción de ejercicio de poder permite analizar el consentimiento en términos más complejos, entendiendo que muchas veces el mismo se puede manifestar incluso con silencios o con las evasivas a las que hacía mención la diputada y que fueron recién transcritas. La ventaja de la regulación nacional es que justamente no caracteriza el consentimiento, por lo que

123 María Angélica Cristi Marfil, fecha 09 de noviembre, 2000. Diario de Sesión en Sesión 14. Legislatura 343. Discusión General. Se aprueba en general, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5620/>

deja abierta la posibilidad de que la ausencia de consentimiento se manifieste de múltiples formas.

Tal como ya se adelantaba, la idea de que las normas sobre acoso sexual se relacionan con el principio de igualdad desde un enfoque de género fue un interés que se manifestó en forma explícita durante el debate legislativo. Al inicio de la tramitación del proyecto de ley, se menciona en la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados que las primeras legislaciones sobre acoso sexual tienen su origen en Estados Unidos a mediados de los setenta y que fueron promovidas por los movimientos feministas como manifestación de la igualdad de oportunidades. Siguiendo esta misma línea, también se señaló que el acoso sexual representa un acto que humilla a las mujeres y que amenaza su estabilidad laboral o intenta disuadirlas de asumir cargos de mayor responsabilidad:

“Se sugería con ello, primero, que las mujeres no debían competir con los hombres para los mismos trabajos, ni salirse de sus funciones femeninas tradicionales, y, en segundo lugar, que la mujer es ante todo un objeto sexual, y solamente después una trabajadora apreciada”<sup>124</sup>.

También se discutió el impacto que el acoso sexual genera en la vida de las mujeres. La diputada Adriana Muñoz señalaba que el acoso sexual genera una situación de estrés para las mujeres, ya que deben soportar enferme-

124 Consideraciones preliminares planteadas en el Primer Informe de Comisión de Trabajo, Cámara de Diputados. Fecha 17 de octubre, 2000. Informe de Comisión de Trabajo en Sesión 11. Legislatura 343. Informe de la comisión de trabajo y seguridad social, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5620/>

110

dades nerviosas y daño psicológico producto del pánico de perder sus puestos de trabajo. La diputada señalaba que muchas veces las mujeres deben hacer equilibrio entre la necesidad de trabajar para poder mantener a sus familias, y lidiar con los requerimientos de sus jefes o colegas de trabajo, lo que genera una situación indignante para miles de mujeres en el país<sup>125</sup>. En esta misma línea, también se hace mención al fuerte componente cultural que está arraigado en el acoso sexual y que la ley busca quebrar para efectos de empezar a sancionar una acción que hasta ahora era tolerada y no enjuiciada en la sociedad. En su intervención, el diputado Jaime Mulet comentó frases que escuchaban con normalidad en los espacios de trabajo, dando cuenta de una subcultura que legitima esas conductas, las que son una realidad escondida (“Si la ‘galla’ accede es porque le gusta”. “¡Pero si nadie la ha violado!”. “Para entrar a trabajar aquí, primero, tiene que pasar por mis manos”)<sup>126</sup>.

En definitiva y tal como se mencionaba en un principio, el acoso sexual es una regulación establecida en términos neutros, es decir, las palabras y elementos que le dan contenido son perfectamente aplicables tanto para hombres como para mujeres, ya sea en su calidad de acosados como de acosadores, pero su contenido busca dar respuesta a un problema que afecta el principio de igualdad con un claro enfoque de género.

125 Adriana Muñoz, Discusión en Sala Fecha 07 de noviembre, 2000. Diario de Sesión en Sesión 12. Legislatura 343. Discusión General. Pendiente. NORMATIVA SOBRE ACOSO SEXUAL. Primer trámite constitucional, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5620/>

126 Discusión en Sala, Cámara de Diputados, fecha 08 de noviembre, 2000. Diario de Sesión en Sesión 13. Legislatura 343. Discusión General.

### c. Regulación que incluye criterio de paridad en el sistema electoral proporcional

La ley sobre acoso sexual se caracteriza por ser neutra en los términos en que está diseñada, pero su propósito o interés jurídico protegido está directamente relacionado con dar respuesta a problemas que aquejan principalmente a las mujeres y personas de la comunidad LGTBI. Este mecanismo es un ejemplo de cómo el derecho aborda el principio de igualdad con enfoque de género.

Un segundo ejemplo viene dado por otro tipo de regulaciones que en forma directa y expresa establecen normas que tienen por finalidad favorecer a las mujeres con un afán de lograr una igualdad sustantiva entre hombres y mujeres. Este es el caso de la incorporación del criterio de paridad en la reforma que se hizo al sistema electoral binominal, cuando en el año 2015 fue transformado en un sistema proporcional inclusivo.

En la Ley N° 20.840 que Sustituye el Sistema Electoral Binominal por uno de carácter Proporcional Inclusivo y fortalece la Representatividad del Congreso Nacional, se incorporó por primera vez en Chile un criterio de paridad. Esta norma tenía por finalidad intentar revertir la baja participación de mujeres en el Parlamento. Hasta el año 2017, la presencia de mujeres en el Congreso Nacional era de un 15,8%, ubicando a Chile en el lugar 128 de 193 países<sup>127</sup>. Aumentar la presencia de mujeres es un objetivo que se basaba en la idea de que

127 Estudio de Comunidad Mujer sobre Mujer y Política: Resultados y Hallazgos de las Cuotas de Género en las Elecciones Parlamentarias, 2017, disponible en: [http://www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2017/11/BOLETIN-40\\_cuotas-06.12.pdf](http://www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2017/11/BOLETIN-40_cuotas-06.12.pdf)

el Congreso debe reflejar la diversidad de la sociedad, junto con el propósito principal de la modificación del sistema electoral binominal, que consistía en mejorar la representación de todas las corrientes políticas en el Parlamento. De esta forma, se buscaba romper con una serie de barreras de entrada, tanto políticas como sociales y el criterio de paridad es una herramienta que justamente logra superar dichas barreras<sup>128</sup>.

La ley establece que:

“De la totalidad de declaraciones de candidaturas a diputado o senador declaradas por los partidos políticos, hayan o no pactado, ni los candidatos hombres ni las candidatas mujeres podrán superar el sesenta por ciento del total respectivo. Este porcentaje será obligatorio y se calculará con independencia de la forma de nominación de las candidaturas. La infracción de lo señalado precedentemente acarreará el rechazo de todas las candidaturas declaradas a diputados o a senadores, según corresponda, del partido que no haya cumplido con este requisito” (artículo 3 bis, inciso quinto).

Este criterio de paridad que, en definitiva, asegura a lo menos una presencia de 40% de mujeres candidatas en las listas de los partidos políticos, se complementa con otras normas que estimulan su eficacia y refuerzan el incentivo de mejorar la participación de mujeres.

Por un lado, se le otorgan facultades al Consejo del Servicio Electoral para rechazar la totalidad de las declaraciones de candidaturas si no cumplen con los porcentajes establecidos

en el criterio de paridad (artículo 17 letra b). De esta forma, se asegura que su eficacia sea real, en el sentido de que el incumplimiento de los porcentajes va a generar sanciones significativas para los partidos políticos (el rechazo de todas las candidaturas) y van a existir autoridades obligadas a rechazar dichas listas.

Por otro lado, hay normas que establecen incentivos económicos para reforzar el impacto positivo del criterio de paridad. En primer lugar se señala que los partidos políticos a los que pertenezcan las mujeres que hayan sido candidatas y además sean electas, recibirán 500 unidades de fomento por cada una de ellas (artículo segundo transitorio). Esta norma tiene por finalidad que el criterio de paridad no genere un impacto nominal en los partidos políticos, sino que existan incentivos para lograr que dichas candidatas sean efectivamente electas y, de esa forma, se logre aumentar la presencia de mujeres en el Congreso Nacional. También se indica que con cargo de esos recursos los partidos políticos podrán implementar programas o actividades para el fomento de la inclusión y la participación de mujeres en política, ya que se entiende que para conseguir que mujeres sean candidatas no basta obligar al 40% sino que también hay que preparar las condiciones para que esta experiencia sea positiva y fructífera en términos políticos. Finalmente, la ley contempla otro beneficio económico, consistente en establecer un reembolso adicional de cargo del Fisco de los gastos electorales en favor de las candidatas a senadoras y diputados. Este reembolso adicional corresponde a 0,0100 unidades de fomento por cada voto obtenido (artículo tercero transitorio).

Junto con el establecimiento de los incentivos económicos y las facultades de supervigilancia de esta norma, la ley también indica que el criterio de paridad no es una norma de

128 Consideraciones preliminares planteadas en el Primer Informe de Comisión de Trabajo, Cámara de Diputados. Fecha 17 de octubre, 2000. op cit.



112

carácter permanente, sino que la propia ley establece que el mismo solo tendrá aplicación en los procesos electorales parlamentarios de 2017, 2021, 2025 y 2029 (artículo 23 transitorio).

La creación de este criterio de paridad en el sistema electoral ya dio resultados positivos. En la última elección parlamentaria, se aumentó cerca de 7 puntos porcentuales la presencia de mujeres, cifra que contrasta con el 1,6 punto porcentual que marca el ritmo al que se iba avanzando en la presencia de mujeres en el Parlamento desde 1989 hasta el 2017. En definitiva, esto permitió que en la Cámara de Diputados la presencia de mujeres aumentara de un 15,8% a un 22,6% y en el Senado a un 23,3%<sup>129</sup>.

Teniendo presente que la regulación del criterio de paridad en el sistema electoral proporcional fue la primera de esa naturaleza en Chile, es importante detenerse a revisar los argumentos que se presentaron por el Tribunal Constitucional para defender la constitucionalidad de su diseño.

12 senadores presentaron un requerimiento haciendo observaciones de inconstitucionalidad de algunas normas que habían sido aprobadas por el Congreso Nacional, incluidas aquellas que regulan en criterio de paridad<sup>130</sup>. En el texto indicaron que las observaciones de constitucionalidad que hacían no cuestionaban la “cuota de género” *per se*, pero que en este caso concreto generaban un problema de

constitucionalidad por la afectación a la libertad de asociación, al imponerse en las normas transitorias que no se podían hacer primarias más allá de un 40% de los cargos a disputar para respetar el criterio de paridad en la definición de las listas definitivas de candidatos. Argumentaron que esto afectaría el artículo 19 número 15 de la Constitución en el marco de la libertad de asociación y del estatuto constitucional de los partidos políticos, ya que se vería vulnerada la autonomía de los mismos y su derecho a nominar a sus candidatos a parlamentarios por la vía de las elecciones primarias<sup>131</sup>.

A pesar de que las cuotas propiamente tales no fueron objeto de cuestionamiento en relación con la constitucionalidad de las mismas, los argumentos del Tribunal Constitucional reafirman su importancia y pertinencia como mecanismo de promoción del principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución de la República. Por lo mismo, es interesante detenerse en esos argumentos.

En el fallo se indica que el sistema de cuotas tiene por finalidad reservar determinados cupos a grupos o sectores de personas que han sido históricamente minusvalorados. En este sentido, el Tribunal señala que la cuota constituye un mecanismo de acción afirmativa que busca asegurar la efectividad de la igualdad ante la ley, regulada en el artículo 19 número 2 de la Constitución. En esta misma línea, indica que:

129 Estudio de Comunidad Mujer sobre Mujer y Política: Resultados y Hallazgos de las Cuotas de Género en las Elecciones Parlamentarias. Op. cit.

130 Los requirentes fueron Andrés Allamand Zavala; Francisco Chahuán Chahuán; Juan Antonio Coloma Correa; Alberto Espina Otero; Alejandro García Huidobro Sanfuentes; José García Ruminot; Hernán Larraín Fernández; Jaime Orpis Bouchón; Víctor Pérez Varela; Baldo Prokurica Prokurica; Jacqueline Van Rysselberghe Herrera; Ena Von Baer Jahn.

131 Tribunal Constitucional, Rol N° 2777-15, Fallo 30 de marzo 2015, p. 18-19, disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>



“Existen respecto de grupos colectivos cuya subordinación es histórica o prolongada, situación que los ha debilitado severamente, obligando a corregir o compensar dicha secular desventaja. La acción afirmativa supone un beneficio para ese colectivo, que sin el mismo permanecería en su situación de subordinación”<sup>132</sup>.

Complementando lo anterior, y haciendo directa referencia a la noción de igualdad, el fallo indica que las cuotas buscan que las personas tengan las similares oportunidades en un punto de partida, siendo consistente, a su vez, con el artículo 1 inciso final de la Constitución, que señala como deber del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.” En este sentido, el fallo considera explícitamente las cuotas como un sistema que promueve la inclusión social y la consideración constitucional de que hombres y mujeres son iguales ante la ley<sup>133</sup>.

En cuanto al impacto que este criterio de paridad genera en las elecciones parlamentarias, el Tribunal Constitucional indica que “el efecto de toda acción afirmativa es siempre afectar los procesos de selección”, de forma tal que se logra beneficiar a un grupo para compensar o corregir una situación histórica de discriminación. En este caso concreto, la cuota justifica la creación de un diseño normativo que no puede dar cauce libre a la aplicación de las primarias. De lo contrario, el criterio de paridad pondría en peligro la cuota y su propósito no sería satisfecho<sup>134\_135</sup>.

134 *Ibid*, p. 52.

135 Si se quiere indagar en los fundamentos constitucionales para justificar la existencia de un criterio de paridad como mecanismo para incentivar la participación de mujeres en espacios de toma de decisión, se pueden revisar los argumentos que fueron desarrollados por el Tribunal Constitucional español para declarar la constitucionalidad del criterio de paridad incorporado en su sistema electoral parlamentario. Sentencia 12/2008, de 29 de enero, disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/it-IT/Resolucion/Show/SENTENCIA/2008/12>

132 Considerando vigésimo octavo, op cit, p. 50.

133 Considerando vigésimo octavo, op cit, p. 50-51.

114

Finalmente, se debe destacar que luego de la aprobación de este criterio de paridad, se han aprobado varias regulaciones que incluyen criterios de paridad en su formulación. Por ejemplo, la nueva regulación aplicable a los partidos políticos incluye un criterio de paridad en la conformación de sus órganos colegiados, manteniendo la proporción de 60% y 40% ya consolidada<sup>136</sup>. En todo caso, a diferencia de la regulación del sistema electoral proporcional, la incorporación del criterio de paridad en los órganos colegiados de los partidos políticos es de carácter permanente y no se limita a asegurar presencia de mujeres en la conformación de listas, o en la definición de los candidatos, sino que derechamente aplica la cuota en la integración de los mencionados órganos. Asimismo, se incluyó criterio de paridad en la integración de los directorios de sindicatos<sup>137</sup>, comisiones negociadoras de

negociaciones colectivas<sup>138</sup>, del Consejo Superior Laboral<sup>139</sup>, solo por dar otros ejemplos.

---

El estatuto deberá disponer los resguardos para que los socios puedan ejercer su libertad de opinión y su derecho a votar. Podrá el estatuto, además, contener normas de ponderación del voto, cuando afilie a trabajadores no permanentes.

La organización sindical deberá llevar un registro actualizado de sus miembros”.

138 Artículo 330 Código del Trabajo, “Comisión negociadora sindical. La representación del sindicato en la negociación colectiva corresponderá a la comisión negociadora sindical, integrada por el directorio sindical respectivo. Si se trata de una negociación colectiva iniciada por más de un sindicato, la comisión negociadora sindical estará integrada por los directores que sean designados en el proyecto de contrato colectivo.

Además de los miembros de la comisión negociadora sindical, podrán asistir al desarrollo de las negociaciones los asesores que designen la o las organizaciones sindicales, los que no podrán exceder de tres.

En caso que el o los sindicatos que negocien tengan afiliación femenina y la respectiva comisión negociadora sindical no esté integrada por ninguna trabajadora, se deberá integrar a una representante elegida por el o los sindicatos de conformidad a sus estatutos. En el evento que los estatutos nada establecieran, esta trabajadora deberá ser elegida en asamblea convocada al efecto, en votación universal.

En la micro y pequeña empresa, la trabajadora que deba integrar la comisión negociadora de conformidad a lo dispuesto en el inciso anterior sustituirá a uno de los miembros que deban integrarla por derecho propio.

Respecto de la trabajadora que integre la comisión negociadora sindical de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero, el fuero señalado en el artículo 309 se extenderá hasta noventa días, contados desde la suscripción del contrato colectivo o, en su caso, desde la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral que se hubiere dictado.”

139 Artículo 6, Ley N° 20.950 que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales. “El Consejo estará integrado por nueve miembros de reconocida trayectoria en el ámbito de las relaciones laborales y mercado del trabajo, que serán designados de la siguiente manera:

- a) Un consejero designado por el Ministro del Trabajo y Previsión Social.
- b) Un consejero designado por el Ministro de Hacienda.
- c) Un consejero designado por el Ministro de Economía,

---

136 Ley N° 20.915 que fortalece el Carácter Público y Democrático de los Partidos Políticos y facilita su modernización.

137 Artículo 231 inciso tercero Código del Trabajo: “El estatuto del sindicato deberá contemplar los requisitos de afiliación, de desafiliación y los derechos y obligaciones de sus miembros, los requisitos para ser elegido dirigente sindical, los mecanismos de modificación del estatuto o de fusión del sindicato, el régimen disciplinario interno y la clase y denominación de sindicato que lo identifique, que no podrá sugerir el carácter de único o exclusivo.

Las asambleas de socios serán ordinarias y extraordinarias. Las asambleas ordinarias se celebrarán con la frecuencia y en la oportunidad establecidas en los estatutos, y serán citadas por el presidente o quien los estatutos determinen. Las asambleas extraordinarias serán convocadas por el presidente o por el veinte por ciento de los socios.

El estatuto deberá incorporar un mecanismo destinado a resguardar que el directorio esté integrado por directoras en una proporción no inferior a un tercio del total de sus integrantes con derecho al fuero y a las demás prerrogativas que establece este Código, o por la proporción de directoras que corresponda al porcentaje de afiliación de trabajadoras en el total de afiliados, en el caso de ser menor.

El contraste entre la legislación sobre acoso sexual y la incorporación del criterio de paridad es relevante ya que son dos caras de una misma moneda, en el sentido de que representan dos diseños normativos claramente diferenciados en su forma de promover el principio de igualdad desde un enfoque de género, pero logrando el mismo objetivo recién señalado. Lo anterior, da cuenta que no basta con leer un texto legal para entender si éste configura una iniciativa que tenga por finalidad la promoción del principio de igualdad ante la ley con un enfoque de género, sino que es necesario entender los contextos sociales y culturales para dotar de dicho contenido a la ley, en especial para aquellas normas que aparentemente son neutras en su diseño, pero cuya motivación basada en el género está contenida principalmente en el discurso.

---

Fomento y Turismo.

d) Tres consejeros designados por las organizaciones de empleadores de mayor representatividad del país, incluyendo al menos un representante de las organizaciones de empresas de menor tamaño.

e) Tres consejeros designados por las centrales sindicales de mayor representatividad del país.

Los miembros del Consejo durarán cuatro años en sus cargos, pudiendo ser designados por un período adicional. La renovación de los consejeros se realizará por parcialidades cada dos años en la forma que determine el reglamento.

En el caso de vacancia, la designación del reemplazante se efectuará dentro de los treinta días corridos siguientes de producida ésta, siguiendo el mismo procedimiento indicado en el inciso primero. El reemplazante durará en sus funciones por el tiempo que reste para completar el período del miembro reemplazado.

El reglamento de que trata el artículo 11 establecerá los mecanismos para asegurar que al menos un tercio de los integrantes del Consejo sean mujeres.

El Consejo elegirá de entre sus miembros un Presidente y un Vicepresidente que durarán dos años en sus cargos, no pudiendo ser reelegidos. El Vicepresidente subrogará al Presidente en caso de ausencia o impedimento de éste”.



INFORME EN DERECHO\*

# Teoría y método para el estudio del razonamiento y comportamiento judicial con perspectiva de género

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

**\*Informe en Derecho elaborado durante el año 2019 a solicitud de la Secretaría Técnica de igualdad de Género y no discriminación del Poder Judicial, dentro del marco del proyecto que busca identificar la forma en que se manifiesta el principio de igualdad de género en su aspecto formal, material y estructural, en la normativa y en la jurisprudencia nacional chilena, a solicitud del pleno de la corte suprema en AD-870-2018.**



# Contenidos

## PÁGINA 121

Resumen

## PÁGINA 123

Introducción

## PÁGINA 125

### **I. Estudios sobre el comportamiento judicial**

- a. Teorías sobre el comportamiento judicial
- b. Sobre la noción de ideología
- c. Juezas y comportamiento judicial

## PÁGINA 135

### **II. Teorías sobre el razonamiento judicial**

- a. Justificación de las decisiones judiciales
- b. Argumentación jurídica (justificación externa de la premisa normativa)
- c. Razonamiento probatorio (justificación externa de la premisa fáctica)

## PÁGINA 173

Conclusiones

## PÁGINA 176

Referencias bibliográficas





## Resumen

Este informe tiene por objeto proponer bases teóricas y metodológicas que permitan a la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación de la Corte Suprema cumplir con el encargo del pleno de la Corte Suprema de 18 de mayo de 2018. En especial, la finalidad de este informe es poner a disposición de esta unidad un conjunto de herramientas provenientes de las teorías de la argumentación, las teorías de la prueba y los estudios sobre el comportamiento judicial para realizar un análisis de poblaciones o muestras de sentencias de tribunales chilenos en determinadas materias, con el fin de identificar razonamientos y conductas de los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional que no reconocen la igualdad de la mujer o que resultan discriminatorios.

Los estudios sobre el comportamiento judicial analizan cómo deciden los jueces y por qué deciden como lo hacen. Los jueces pueden decidir, básicamente, de tres maneras: en conformidad a la ley, arbitrariamente o considerando distintos factores, a más de la ley (internos y externos; institucionales y no institucionales). Las respuestas que se alejan de la deferencia absoluta hacia el legislador parten de la constatación de la posibilidad jurídica y la práctica del disenso en tribunales colegiados y de la pregunta sobre ¿cómo puede explicarse que dos jueces con la misma formación o con formación equivalente arriben a conclusiones distintas frente a una misma situación de hecho a la que le es aplicable el mismo derecho? Dentro

de estos estudios, la literatura estadounidense describe que existe una importante correlación entre la presencia de una jueza en un tribunal colegiado y la decisión en favor de las mujeres en causas de discriminación y violencia de género y acoso laboral. La utilidad de emplear esta literatura es metodológica, toda vez que identifican variables que podrían impactar en el diagnóstico de una aplicación judicial del derecho no respetuosa a la igualdad de género y proporcionan evidencia empírica de comportamientos judiciales en determinados contextos y materias.

Las teorías de la argumentación jurídica surgen como respuesta a la crisis de los postulados metodológicos del positivismo jurídico y a la pregunta sobre cómo controlar las decisiones jurídicas y evitar la arbitrariedad. Estas teorías construyeron criterios que proporcionasen un fundamento intersubjetivamente válido y plausible a las valoraciones presentes en la decisión jurídica. La utilidad de estas teorías consiste, precisamente, en que permiten analizar y reconstruir la forma de razonar de los operadores jurídicos y en que proponen modelos de razonamiento adecuados, elencos de argumentos, y criterios para evaluar la solidez, valor y corrección de la argumentación jurídica. La no discriminación como criterio interpretativo puede adoptar la forma de argumentos tales como el sistemático, teleológico, de la equidad y consecuencialista. Asimismo, el uso de una determinada red conceptual para establecer el contenido semántico de las disposiciones

122

normativas (textos del legislador) puede reflejar concepciones discriminatorias hacia la mujer.

Las *teorías de la prueba* debaten sobre los presupuestos y condiciones para generar conocimiento y para poder afirmar que un cierto enunciado es verdadero o se encuentra probado. En el contexto jurídico-judicial, se suele aceptar que uno de los fines de la prueba, o el fin epistémico principal, es la averiguación de la verdad y que en el curso de un proceso la justificación de la premisa fáctica (o de una de las hipótesis en competencia) debe seguir las mismas reglas que la justificación epistémica general, además de las reglas probatorias que

establezca el sistema jurídico respectivo. La concepción racionalista de la prueba proporciona un marco teórico-conceptual adecuado para analizar el razonamiento probatorio que llevan a cabo los operadores jurídicos y, en particular, los jueces. La noción de inferencias probatorias en sede de valoración de la prueba y la de estándar en sede de decisión permiten visualizar, por una parte, el uso de estereotipos, prejuicios o sesgos en el razonamiento judicial que afecten negativamente a la mujer y, por otra, la necesidad de exigencias probatorias diferenciadas (menores al estándar de más allá de toda duda razonable, por ejemplo) en ciertos delitos en que la víctima es una mujer.



# Introducción

Las teorías de la argumentación y las teorías de la prueba comparten, como presupuesto común, la idea de que es necesario controlar la racionalidad de las decisiones judiciales y evitar su arbitrariedad. Por una parte, se requiere que las decisiones sean reconocibles como unas que aplican el derecho válido y vigente; por otra, se requiere que aquella consecuencia jurídica prevista por la o las normas aplicables recaiga sobre un supuesto de hecho individual que sea subsumible en el supuesto de hecho genérico previsto por aquella o aquellas.

La estructura misma del derecho lleva aparejada como mínimo una noción de igualdad formal<sup>1</sup>: el legislador dicta normas que se refieren a casos genéricos y el juez aplica las consecuencias jurídicas a casos individuales que son una instancia de los casos genéricos. Al juez le está vedado realizar discriminaciones arbitrarias, es decir, está sometido al principio de igualdad de trato que, como es bastante conocido, consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Esta forma de entender el derecho es coherente con una determinada manera de comprender la función jurisdiccional, así como la

delimitación e interacción entre las tres potestades clásicas del estado moderno, que identifica aquella función como “el poder de determinar qué es lo que en derecho corresponde a cada uno”, a través de la aplicación de la ley (abstracta y general) a casos particulares y singulares (Atria 2016: 36), función que se ejerce de manera exclusiva, independiente, imparcial, irrevocable y con imperio. Otra manera de decirlo es que, si entendemos que el derecho tiene por función, entre otras, establecer guías de conducta que permitan la convivencia social, entonces la expectativa de que los tribunales de justicia decidan casos con supuestos de hechos similares de la misma forma parece algo natural, intrínsecamente vinculado con la noción misma de sistema jurídico y con la idea de “órganos aplicadores del derecho”. La igual aplicación de normas jurídicas como prescripciones generales y abstractas —que se traduce en la igual protección en el ejercicio de los derechos— y la posibilidad de que los sujetos cuyas conductas son reguladas por dichas normas puedan predecir cómo se realizará dicha aplicación por parte de los jueces se opone al casuismo jurídico —y al particularismo jurídico—, donde la solución depende del caso y, problemáticamente, de los criterios del decisor<sup>2</sup>.

---

1 El concepto de igualdad y de no discriminación han sido tratados con profundidad en otro Informe asociado al encargo del Pleno de la Corte Suprema que da origen al presente texto y que se titula *Igualdad, no discriminación y género en el derecho internacional de los derechos humanos*, Sarmiento y Walker, 2019.

---

2 La idea de justicia material para el caso concreto conduce a la paradoja de introducir injusticia formal en la aplicación del derecho.

La idea de “juzgar con perspectiva de género”<sup>3</sup> está íntimamente vinculada con la noción de igual aplicación de la ley por parte de los tribunales de justicia. Sin embargo, y como queda de manifiesto a partir de una extensa literatura de las últimas décadas, es necesario erigir aquélla como una categoría independiente, con el objeto de “reconocer, identificar, la situación de desigualdad y discriminación de hombres y mujeres en la sociedad, así como la de algunas mujeres en relación con otras, y asumir la necesidad de desarrollar acciones concretas para transformarla”. En este sentido, la perspectiva de género es un “método o herramienta de análisis destinado al estudio de las construcciones culturales y las relaciones sociales que se tejen entre hombres y mujeres, identificando en su trasfondo, aquellas formas de interacción que marcan pautas de desigualdad y discriminación entre los géneros” y, desde el punto de vista de la función jurisdiccional, esta perspectiva contribuye a realizar el derecho a la igualdad<sup>4</sup>.

Este estudio tiene por objeto describir un conjunto de herramientas provenientes de las teorías de la argumentación, las teorías de la prueba y los estudios sobre el comportamiento

judicial para realizar un análisis de poblaciones o muestras de sentencias de tribunales chilenos en determinadas materias, con el fin de identificar razonamientos y conductas de los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional que no reconocen la igualdad de la mujer o que resultan discriminatorios.

La estructura será la siguiente. Una primera parte realizará un panorama de la literatura sobre comportamiento judicial, con particular atención en los estudios que analizan el impacto de la composición de género de los tribunales en las decisiones judiciales. Una segunda parte presentará las notas distintivas de las teorías sobre el razonamiento judicial, tanto de aquellas que se enfocan en la argumentación jurídica como de aquellas que se centran en la prueba. La tercera parte presentará conclusiones, incluyendo una propuesta de matriz de análisis de las decisiones judiciales a partir de las herramientas reseñadas.

3 Véase el Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias, Secretaría técnica de igualdad de género y no discriminación, Poder Judicial, Chile. En este informe, entenderemos por género “el conjunto de características y normas sociales, económicas, políticas, culturales, psicológicas, jurídicas, asignadas a cada sexo. La construcción del género, además, se ve permeada y transversalizada por otras condiciones objetivas y subjetivas de la vida de las personas, como, por ejemplo: su cultura, etnia, clase social, edad, religión, su planteamiento político, la historia de su comunidad, su historia familiar, el estrato socioeconómico y el escenario en el que vive”. *Ibíd.*, p.61.

4 Las citas corresponden, respectivamente, al Cuaderno de buenas prácticas..., cit. n.3, p. 64, 60. En igual sentido, véase también p.89.

# I. Estudios sobre el comportamiento judicial

## a. Teorías sobre el comportamiento judicial

Desde las primeras décadas del siglo XX, los politólogos han estado intensamente interesados en analizar cómo y en qué medida las preferencias políticas y morales influyen en el sentido de los votos o decisiones judiciales, concentrándose los estudios en tribunales colegiados, y dentro de ellos, en las cortes supremas. La mayoría de estos estudios suele analizar la ideología de los jueces a partir del resultado del voto al que adhiere cada juez, es decir, del sentido de la decisión, como, por ejemplo, si ella acoge o rechaza la protección de una libertad individual que ha sido solicitada. Generalmente, se trata de codificaciones binarias, típicamente, en Estados Unidos, como voto liberal o conservador, respectivamente. Esta calificación ideológica del voto se transfiere al juez que lo ha suscrito, pasando a calificarse como juez liberal o conservador. Adicionalmente, se correlacionan estos resultados con la ideología del presidente o partido político que ha nombrado al juez. La combinación de estas dos variables permite pronosticar o predecir el comportamiento de aquel juez en futuras decisiones, en la misma línea que lo pretendía la jurisprudencia empírica y sociológica realista<sup>5</sup>.

5 Dentro de la jurisprudencia empírica, vid. e.g. Underwood 1979; Schlessinger y Nesse 1980; sobre jurisprudencia sociológica vid. Pound 1911, 1947.

Así pues, la pregunta central de los estudios empíricos sobre comportamiento judicial es determinar si las preferencias políticas de los jueces inciden en el sentido de sus votos o decisiones. Para dar respuesta a esta pregunta, se han elaborado tres principales modelos de juez: el modelo legalista, el modelo actitudinal y el modelo estratégico o racionalista. Según el modelo legalista (*legal model*), las decisiones de los tribunales se encuentran sustancialmente influidas por los hechos del caso apreciados desde el significado de las palabras de la ley y la Constitución, las intenciones del legislador y constituyente, y/o los precedentes judiciales, sin que las preferencias políticas cumplan ningún rol en aquéllas (Segal y Spaeth 1993). Según el modelo actitudinal (*attitudinal model*), “las decisiones se explican a la luz de los hechos y teniendo en cuenta las actitudes ideológicas y valores de los jueces” (Epstein y Knight 1998; Segal y Spaeth 1993, 2002; Sunstein et. al. 2006). El modelo estratégico o racionalista sigue los postulados de la *rational choice theory*: 1) los actores sociales –entre ellos, los jueces– realizan elecciones para alcanzar ciertos fines; 2) los actores sociales actúan estratégicamente, en tanto sus elecciones dependen de sus expectativas sobre las elecciones de otros actores; 3) estas elecciones están estructuradas o condicionadas por el diseño institucional dentro del cual se realizan (Epstein y Knight 1998)<sup>6</sup>.

6 Ulteriores debates sobre este último modelo en Landes y Posner 2009; Epstein, Landes y Posner 2013.

Desde otra perspectiva, los dos últimos modelos destacan que los jueces deciden considerando diversos factores, a más de la ley. Estos factores pueden ser endógenos o internos o exógenos o externos. Los factores endógenos o internos reúnen preconcepciones, factores cognitivos y emocionales tales como la autoconcepción de su rol de juez y el concepto de derecho, la identidad personal, factores raciales y de género, la actividad profesional previa, su educación, su temperamento, los principios morales o religiosos a los que adhiere, su ideología política y la valoración que haga del ocio y del placer. Los factores exógenos o externos pueden ser institucionales y no institucionales. Dentro de los primeros, pueden mencionarse el diseño del Poder Judicial (estructura jerárquica, carrera de los jueces), sistemas recursivos, carga de trabajo, relación con los colegas, sueldos y estabilidad laboral. Dentro de los factores no institucionales se encuentran la opinión pública, el poder o influencia, el reconocimiento o las críticas por parte de la comunidad jurídica o de la sociedad en general, los costos del disenso, la intención de apoyar cambios sociales o de satisfacer intereses de ciertos grupos y la cultura jurídica.

El modelo más extendido en la literatura es el actitudinal, según el cual, como se ha dicho, la ideología política de los jueces condiciona el sentido de las decisiones judiciales (Sunstein et. al. 2006) toda vez que los jueces deciden considerando los hechos del caso desde sus valores y actitudes ideológicas (Segal y Spaeth 2002). En otras palabras, los jueces poseen ciertas “actitudes” hacia áreas del derecho, y esas actitudes son buenos predictores de cómo votarán en casos difíciles (Sunstein et. al. 2006). Como se ha dicho,

esas actitudes hacia el derecho se extraen de la tendencia política del presidente/partido que designa al juez (“demócratas” o “republicanos”). Para comprobar si la predictibilidad se concreta en la realidad, la tendencia política se cruza con el sentido del voto o decisión, usando las categorías de votos “liberales” y “conservadores” de acuerdo con sus resultados, y donde la expectativa es que los demócratas emitan votos liberales y los republicanos votos conservadores. La codificación de la decisión en “liberal” o “conservadora” se hace de acuerdo con la postura del juez frente a determinadas materias, y sigue una lógica más o menos estándar<sup>7</sup>. Sin embargo, hay casos en que tanto conservadores como liberales votarán en igual sentido, como lo son aquellos de pornografía infantil y los delitos de “cuello blanco”. Desde esta díada, se considera liberal el voto que favorece a las mujeres, en tanto grupo históricamente discriminado, junto con aquellos que favorecen a otras minorías.

7 Estas formas de codificar la “dirección del voto” se encuentran in extenso detalladas en los codebook de la respectiva base de datos, por ejemplo, la Supreme Court Database, online: [http://scdb.wustl.edu/\\_brick-Files/2016\\_01/SCDB\\_2016\\_01\\_codebook.pdf](http://scdb.wustl.edu/_brick-Files/2016_01/SCDB_2016_01_codebook.pdf). Así, por ejemplo, se codifican como votos liberales en materia de libertades y derechos civiles las decisiones que favorecen al acusado en procesos penales (derechos procesales), o que favorecen a quien reclama protección de las libertades o derechos civiles (igualdad, libertades de la primera enmienda), o en favor de los indigentes, las minorías raciales y los pueblos originarios. También se consideran decisiones liberales aquellas en contra del gobierno en causas sobre debido proceso y privacidad. En materia económica, se consideran liberales aquellos pro-sindicatos (sea en contra de privados como del gobierno), decisiones pro-gobierno en causas en que se cuestiona su autoridad regulatoria y también los votos pro-competencia, pro-responsabilidad, pro-persona dañada y pro-quiebra (Segal y Cover 1989).

Hay relativo acuerdo en esta literatura en que el análisis de fallos divididos permite reflejar mejor la ideología de cada juez. La pregunta sobre qué es lo que explica que jueces que trabajan con el mismo conjunto de hechos y tienen una formación comparable puedan llegar a distintas conclusiones en un caso particular, fue tempranamente respondida por Pritchett (1941) señalando que, en estos casos, el derecho es insuficiente para dar cuenta de estos casos, y que las divisiones dentro de un tribunal se explican en gran medida por diferencias ideológicas entre los jueces<sup>8</sup>.

Los estudios empíricos sobre comportamiento ideológico de los jueces parten de un supuesto también compartido por el “realismo jurídico”. Y este supuesto es que las valoraciones morales y políticas, la ideología, permea las actividades de interpretación y aplicación del derecho, particularmente si el actor es un juez. Que la ideología permee en la actividad judicial, para estos autores, no tiene una connotación negativa, sino que es la consecuencia de asumir una determinada teoría de la interpretación: la teoría escéptica, que considera que el intérprete decide entre posibilidades interpretativas, y lo hace desde sus propios valores e ideología (la mayoría de estos autores, además, suscriben algún tipo de no-objetivismo moral/escepticismo ético). En este sentido, Leiter (representante del realismo jurídico norteamericano reciente) indica que para la comprensión del derecho en acción no es suficiente solo “conocer” las normas, la doctrina y la jurisprudencia (Leiter 2013), sino que hay que atender al comportamiento del juez y a lo que consideran derecho vigente. Ello, toda vez que las reglas jurídicas no determinan íntegramente las decisiones judiciales (Leiter 2001). Por el contrario, el

derecho está racionalmente indeterminado y está causalmente indeterminado, toda vez que, por una parte, las razones jurídicas son inhábiles para *justificar* una única decisión y, por otra, las razones jurídicas son insuficientes para *explicar* por qué los jueces deciden de una u otra forma (hay otros factores que lo explican). Una teoría de la adjudicación útil es la que describe lo que los jueces hacen en forma de patrones de comportamiento frente a tipos de situaciones de hecho y que es apta para predecir, a partir de ahí, las decisiones judiciales en esas situaciones-tipo. Frente a esta indeterminación, como dice Ross (representante del realismo jurídico escandinavo), los jueces recurren a su conciencia jurídica material y a factores pragmáticos cuando interpretan el derecho (Ross 2006 [1958]).

A afirmaciones parecidas se llega desde la escuela genovesa de realismo jurídico (Tarello 1980, Guastini 2011, Chiassoni 2011, Comanducci 1999). Para este grupo de autores, que los jueces puedan decidir conforme a sus ideologías se debe, en una importante medida, a que el derecho es indeterminado en un doble sentido: a) presenta problemas que provienen de la equivocidad de los textos, en sede de interpretación abstracta, también llamada indeterminación del ordenamiento. Y esta equivocidad tiene dos fuentes: i) la oscuridad y ambigüedad propias de los lenguajes naturales en que se formulan las disposiciones jurídicas (problemas de formulación lingüística); ii) las distintas posiciones teóricas, dogmáticas y ético-políticas que hacen que palabras o sintagmas de los textos normativos sean entendidos de diversa manera; b) presenta problemas que provienen de la indeterminación de la norma, en sede de interpretación concreta que aplica una norma a un caso. Los problemas de subsunción se dan cuando, frente a un caso concreto, no se

8 Vid. Pardow y Carbonell 2018.



conoce con exactitud si aquel se encuentra o no comprendido en el supuesto de hecho de la norma (predicados que adolecen de vaguedad extensional; Guastini 2011: 39ss).

Esta indeterminación genera espacios de discrecionalidad. En esos espacios de discrecionalidad (o intersticios no completamente regulados) el juez elige de entre distintas interpretaciones semántica y jurídicamente posibles<sup>9</sup> y respalda esas decisiones interpretativas con argumentos interpretativos que provienen de reglas o de costumbres interpretativas, comúnmente utilizados y aceptados dentro de la tradición jurídica respectiva. Ahora bien, como suele suceder que no existe un meta-criterio o principio metodológico<sup>10</sup> alguno que establezca la prelación entre estas formas de argumentación, la elección de aquellos a emplear –la definición de lo que Chiassoni denomina un “código interpretativo”– le corresponde al juez o intérprete, y resulta claro que dicha elección está condicionada por las preferencias valorativas o la ideología del juez.

En síntesis, desde la tradición realista, es el intérprete quien elige –dentro de la mul-

9 Es decir, es una solución vinculada toda vez que existen límites institucionales (dado por la existencia de textos normativos promulgados por el legislador, un proceso con tiempos limitados), límites lingüísticos (significados convencionales de las palabras dentro de la comunidad), y límites impuestos por la tradición jurídica (cómo se han entendido ciertas expresiones e instituciones, lo que excluye interpretaciones excéntricas y permite cambios justificados). Frente a la indeterminación del ordenamiento y de la norma, lo único que se puede exigir al juez es una justificación reforzada.

10 Es decir, una regla positivizada en las fuentes del derecho que indique la forma en que se debe atribuir contenido o significado al texto normativo, y que establezca una jerarquía entre métodos o argumentos interpretativos. Diciotti 2008: 1110 y ss.

tipicidad de argumentos y directivas interpretativas que pueden combinarse de forma diversa a la vez que arrojar diversas respuestas igualmente correctas– aplicar uno o más argumentos de acuerdo con sus propios valores e ideología; es decir, el intérprete tiene en sus manos la decisión sobre cuáles directivas asumirá como válidas y le guiarán en la justificación de su decisión interpretativa<sup>11</sup>. El juez incorpora razones ideológicas o valoraciones morales/políticas cuando, por ejemplo, determina el/los fines de la norma en el argumento teleológico, identifica las mejores/peores consecuencias de la decisión en el argumento consecuencialista, selecciona la “*ratio decidendi*” de jurisprudencia anterior, o razona sobre la justicia de la decisión en el caso del argumento equitativo.

### b. Sobre la noción de ideología

Uno de los desafíos teóricos más relevantes que enfrentan los estudiosos del comportamiento judicial es el concepto mismo de ideología (Fischman y Law 2009). Como puede sospecharse, qué se entiende por ideología está lejos de ser una cuestión pacífica (Minar, 1961). Conceptos amplios tales como “la predisposición del juez para decidir cierto tipo de casos de una determinada manera” o “esquema sistemático de ideas, comúnmente referidas a política o a la sociedad, o a la conducta de una clase o grupo, y consideradas como justificación de las acciones...” (Oxford English Dictionary) son de escasa utilidad dado que no son susceptibles de investigación empírica (Fischman y Law 2009). Contribuye a esta concepción subjetivista inasible considerar que la ideología está en el

11 En palabras de Wróblewski “estas directivas son reglas de comportamiento interpretativo asumidas como válidas por el intérprete”. Wróblewski 1992: 177.

“ojo del espectador” o asumir que el estado mental del juez es inobservable.

Otro flanco abierto por la literatura que se propone cuantificar las decisiones ideológicamente motivadas está en la imprecisión referida a qué significa comportarse ideológicamente, o qué significa actuar motivado por preferencias o creencias. Puede significar, entre otras cuestiones, que se actúa para favorecer una determinada política pública, o que se tiene una tendencia o predisposición a favor o en contra de ciertos actores, partes o grupos, o, incluso, que se tiene una deferencia fuerte hacia el legislador (“ideología legalista”).

A la ambigüedad y vaguedad del término “ideología” se suma la posibilidad de realizar diversas clasificaciones “ideológicas” de los jueces. Así, por ejemplo, entre ideología liberal, conservadora y moderada (Fishman y Law 2009); ideología de izquierda y de derecha; demócratas y republicanos según su nombramiento o su historia política (Sunstain et. al. 2006); realistas y formalistas según su concepción sobre el rol del juez en la aplicación del derecho; ideología de la decisión vinculada, de la decisión libre y de la decisión racional y legal (Wróblewski 1989); originalismo y no originalismo (Sisk, Heise y Morris 1998); literalismo e intencionalismo, ideología estática y dinámica de la interpretación (Guastini 2004, 2011); liberales y comunitaristas (Ostbergs, Wetstein y Ducat 2002); ideología feminista, entre otras. Además, la literatura alerta sobre la importancia de tener en cuenta la materia, porque es perfectamente plausible que la calificación ideológica del juez cambie a través del problema jurídico de que se trate, como lo sería, por ejemplo, el caso de un juez que vote de manera conservadora en un caso de aborto y de manera liberal en un caso de asilo político.

Según Fishman y Law (2009), la definición de la ideología dependerá del propósito de la investigación, no existiendo un único uso correcto del término, y lo mismo sucede con la determinación de la forma o metodología de medición. Aquí asumiré, como punto de partida, un concepto amplio de ideología entendida como una “toma de posición frente a la realidad, que se funda en un sistema de valores más o menos conocido, y que se manifiesta a través de juicios de valor que tienden a ejercer una influencia sobre la realidad, conservando la realidad como es si la valoración es positiva o modificándola si es negativa” (Bobbio 1961: 16)<sup>12</sup>. Así definido, este concepto no está a salvo de las críticas de imposibilidad de medición empírica antes señaladas. No obstante, me interesa destacar de este concepto el énfasis en la raigambre

12 La distinción entre teoría e ideología es popular entre los filósofos del derecho analíticos y, en último término, presupone la posibilidad de distinguir conceptualmente entre ser y deber ser y, consiguientemente, avala la utilidad de distinguir entre un uso descriptivo y un uso prescriptivo del lenguaje. Así, la *teoría* versa sobre aquello que es y que puede ser objeto de *descripción* por parte de un individuo; la *ideología* versa sobre aquello que *debe ser* y cumple una función *normativa* que aspira a dirigir el comportamiento –en este caso de los estudiosos y operadores del derecho– hacia la realización de determinados valores. En palabras de Tarello, la ideología cumple una “función de instrumento de política cultural en general y de política del derecho en específico” (Tarello 1984: 276). Y como indica Comanducci, la palabra “ideología” considerada como “política del derecho” no tiene una valoración metaética negativa. Sin perjuicio de ello, prosigue este autor, puede resultar que un discurso ideológico se presente conscientemente como un discurso descriptivo, y la crítica que devela este hecho añadirá, comprensiblemente, una carga negativa a la expresión “ideología”. Otras veces, en cambio, lo que hay detrás no es un “contrabando” de ideología vestida de descripción, sino más bien una decisión metaética que niega la “gran distinción” entre ser y deber ser. Frente a esta situación, el uso de la expresión “ideología” supone un juicio negativo (Comanducci 1991: 272).



normativa del término “ideología”, esto es, la aspiración que persigue quien se comporta ideológicamente de dirigir el comportamiento —en este caso direccionar el comportamiento de los estudiosos y operadores del derecho— hacia la realización de determinados valores. Por otra parte, el término “ideología”, tal como aquí se utiliza, se desmarca de las connotaciones negativas o peyorativas que algunos autores le atribuyen<sup>13</sup> y se usa en forma intercambiable a la expresión “valoraciones y preferencias políticas y morales”.

Un siguiente paso necesario consiste en la especificación de la variable ideológica a estudiar, que a partir de la definición bobbiana debiese ser un valor que sirva como estándar de análisis del razonamiento que se plasma en las sentencias<sup>14</sup>. Dado que estas propieda-

des “ideológicas” no son observables, lo que las distintas metodologías buscan es identificar algún rasgo o algún comportamiento observable indicativo de ideología. Por ejemplo, detectar ciertas formas de argumentación en una sentencia judicial y correlacionarlas con determinada ideología.

Llegados a este punto, parecen existir dos posibilidades metodológicas para estudiar la ideología en el razonamiento judicial mediante el estudio de los argumentos que se consignan en las decisiones judiciales. Una *primera* posibilidad metodológica consiste en asignar carga ideológica al uso de ciertos argumentos. Así, por ejemplo, dentro de la corriente empirista ha habido algunos estudios que investigan la existencia de correlación entre el uso del argumento de la historia legislativa o el recurso a la voluntad del legis-

13 Un ejemplo de connotación negativa sería entender la ideología como distorsión de la verdad social o como elemento de dominación de un grupo por sobre otro (Weiler 1993).

14 La mayoría de los estudios, no obstante recono-

cer esta multidimensionalidad de factores/ideologías, seleccionan la variable a observar, asumiendo que pueden existir análisis desde otros prismas. Lo mismo sucede en este caso.

lador histórico y la ideología conservadora (Law y Zaring 2010); o similarmente, determinan cómo el originalismo y la historia legislativa pueden influenciar la decisión y si acaso su uso depende de la ideología del decisor (Benesh y Czarnezki 2009). No obstante, son pocos los estudios empíricos que tienen en cuenta alguna variable argumentativa, y los recién referidos no realizan un análisis argumentativo propiamente tal<sup>15</sup>.

La *segunda* posibilidad metodológica es hacer un estudio argumentativo de los votos individuales y decisiones mayoritarias de un tribunal de justicia determinado. Parafraseando a un autor, todo indica que debiésemos aprovechar las oportunidades cualitativas de este “momento cuantitativo” (Sisk 2008). Este momento cuantitativo, sin embargo, no está exento de problemas ya que la identificación estadística de patrones ideológicos no explica completamente las decisiones judiciales y hasta algunas veces puede exagerar acerca de cuánto influye la ideología o los elementos extrajurídicos en aquéllas. Pese a

15 Por otra parte, desde los teóricos de la argumentación jurídica, prácticamente no ha habido intentos por cruzar las herramientas (estadísticas, conceptuales) de estudios empíricos sobre ideología judicial con el análisis argumentativo. Ello puede deberse, entre otros factores, al hecho de que las teorías de la argumentación jurídica que surgen a fines de la década de los setenta tienen como preocupación fundamental el cómo controlar las decisiones jurídicas y evitar la arbitrariedad, particularmente la judicial (García Amado 1986). Consecuentemente, las principales teorías normativas de la argumentación jurídica (Alexy 1989, Aarnio 1991; con un matiz de diferencia McCormick 1997) no estaban interesadas en hablar directamente sobre aquello que precisamente querían evitar: ideología en forma pura y arbitrariedad. Al contrario, se enfocaron en proponer criterios de corrección epistémicos, axiológicos y/o técnicos, que fuesen una guía para evaluar argumentaciones, o más precisamente, proposiciones o normas, valores y decisiones (Carbonell 2015).

ello, los estudios empíricos arrojan información valiosa referida a cómo opera un ordenamiento jurídico, más aún si se los combina con los instrumentos clásicos de la academia jurídica. En este sentido, insertar elementos “cualitativos” proporcionados por las teorías de la interpretación y argumentación jurídica en el estudio empírico de las decisiones judiciales puede permitir una mejor descripción y comprensión del razonamiento ideológico de los jueces.

Un estudio argumentativo que sea capaz de revelar ideología puede adoptar dos modalidades, susceptibles de acople. Una *primera modalidad* consiste en seguir ciertos tipos de argumentos que tienen mayor tendencia, o son más permeables, al ingreso de ideologías. Ubico aquí al argumento teleológico, sistemático o de la coherencia, consecuencialista y a partir de principios<sup>16</sup>.

Una *segunda modalidad* consiste en crear una categoría “sustantiva” de argumentos que sea capaz de captar ideología. Anteriormente se ha adoptado una determinada definición de ideología entendida como una toma de posición que se funda en un sistema de valores. Siendo estos sistemas de valores de cada individuo complejos, resulta útil seleccionar un valor que sirva de estándar para identificar ideología. Dentro de este sistema de valores, resulta relevante para este estudio la ideología feminista<sup>17</sup>.

Tal como se anunciaba, la expresión “ideología” no tiene connotaciones negativas, como

16 Véase infra, sección b.ii.

17 Un estudio empírico interesante, al que solo se ha tenido acceso parcial durante la elaboración de este informe, se refiere a la presencia de argumentos de género y de perspectiva feminista en sentencias argentinas. Véase Gastron, Amante y Rodríguez 2013.

132

tampoco lo tiene la expresión “ideología feminista” o “feminismo” a secas. Como claramente explica un artículo reciente, la palabra “feminismo” tiene muchos significados tanto para los teóricos que lo promueven como para sus detractores. En un primer sentido, el feminismo es una lucha histórica: por el voto de las mujeres en un primer momento y para la eliminación de discriminaciones explícitas de las leyes nacionales. En un segundo sentido, el feminismo es un movimiento político para alertar y luchar por la superación de la opresión histórica y presente sufrida por las mujeres. En un tercer sentido, el feminismo es una filosofía y una creencia compartida que busca lograr igualdad política, social y económica para mujeres, hombres y personas de cualquier género (Crawford, Stanchi y Berger 2018: 167)<sup>18</sup>.

En la historia de la “*feminist jurisprudence*” o de las teorías jurídicas feministas<sup>19</sup>, hay a lo menos dos cuestiones de interés para este estudio. En primer lugar, la cuestión de los métodos jurídicos feministas y, en segundo lugar, la noción de “sentencias feministas”.

Con relación a los métodos jurídicos feministas, un famoso artículo aparecido en 1990 en la *Harvard Law Review*, de Katharine T. Barlett, proponía una categorización de los métodos jurídicos feministas que incluían “el razonamiento desde un ideal en que las soluciones jurídicas son respuestas pragmáticas a dilemas concretos, y no elecciones estáti-

cas entre perspectivas opuestas y frecuentemente incompatibles (razonamiento práctico feminista)”<sup>20</sup>.

Antes de ello, y desde la teoría y práctica jurídica feminista, se había publicado un artículo sobre violencia sexual de las mujeres trabajadoras (Mackinnon 1979), y se había fundado (1972) el *Women’s Rights Project* liderado por la abogada y posteriormente ministra de la Corte Suprema norteamericana (desde 1993 hasta su muerte en septiembre de 2020 –actualización texto original–), Ruth Bader Ginsburg, al alero de la *American Civil Liberties Union* (ACLU).

La década de los 90 fue fructífera en el debate feminista desde la academia jurídica. Martha Chamallas describía tres “movimientos feministas”: sospecha de distinciones y generalizaciones basadas en el sexo, desenmascaramiento de sesgos implícitos en estándares jurídicos neutros, valorización de la experiencia de las mujeres (Chamallas 1997); mientras que otras académicas discutían la cuestión metodológica y describían cómo avanzaba la teoría jurídica feminista (por ejemplo, Menkel-Meadow 1992).

La noción de sentencias feministas y la pregunta ¿pueden y deben las juezas y jueces feministas hacer una diferencia en la actividad judicial? (Hunter 2008), aparecen con fuerza durante la primera década del 2000. El primer proyecto de sentencias feministas data

18 Es imposible en este lugar señalar la literatura que da cuenta de cada uno de estos sentidos, tanto de la historia del feminismo como de la teoría jurídica. Una apretada pero orientadora síntesis puede verse en Crawford, Stanchi y Berger 2018: 169-177.

19 Sobre “*feminist jurisprudence*” puede consultarse Barnett 1998, West y Bowman 2019. Un muy buen panorama sobre teorías jurídicas feministas es el de Ricoy 2015 y Chamallas 1999.

20 Las otras dos categorías de métodos jurídicos feministas eran: (1) la identificación y cuestionamiento de los elementos de las doctrinas jurídicas que excluyen o dejan en desventaja a las mujeres y a miembros de otros grupos excluidos (“la pregunta sobre mujeres”); (3) la búsqueda de conocimientos y perspectivas fortalecidas a través del compromiso colaborativo e interactivo con otros, basado en la experiencia y narrativa personal (“toma de conciencia”, Barlett 1990: 831).

del año 2004, impulsado por las *Women's Court of Canada* (Crawford, Stanchi y Berger 2018: 177; Koshan 2019), y que consistía, básicamente, en escribir o reescribir sentencias desde la perspectiva o métodos feministas. Se concibió como una manera de trasladar el lenguaje de la teoría feminista al lenguaje de la práctica jurídica y de la aplicación judicial del derecho. Desde el punto de vista de los jueces, el rendimiento de un proyecto como éste radicaba y sigue radicando, según sus impulsoras y la literatura que lo describe, en que juezas y jueces puedan “reconocer cómo la incorporación de perspectivas feministas puede transformar el razonamiento o el resultado de un caso, sin cambiar el derecho o los hechos” (Crawford, Stanchi y Berger 2018: 168)<sup>21</sup>.

### c. Juezas y comportamiento judicial

Parte de la literatura sobre comportamiento judicial se dedica a estudiar empíricamente la influencia del género de los jueces en las decisiones judiciales. Las conclusiones de estudios como éstos pueden cobrar especial relevancia tratándose de sistemas judiciales en que exista una fuerte disparidad en el número de juezas y jueces, especialmente en el caso de tribunales colegiados y particularmente si son tribunales colegiados superiores de

21 Hay una multiplicidad de proyectos de sentencias feministas, dentro de los cuales destacan: <https://law.unlv.edu/us-feminist-judgments>; <http://ukscblog.com/the-feminist-judgments-project/>; <https://law.uq.edu.au/the-australian-feminist-judgments-project>; <https://www.sfjp.law.ed.ac.uk/>; <https://www.feministlawprofessors.com/2019/08/new-canadian-feminist-judgments-project-cfp/>; <https://fjpiindia.wixsite.com/fjpi/call-for-papers>; <https://www.lawandglobaljustice.com/the-african-feminist-judgments-project>. Para una muestra y una discusión de sentencias feministas, véase también Stanchi, Berger y Crawford 2016, Hunter 2012, Rackley 2012; Hunter, McGlynn y Rackley 2010.

justicia. Si bien en nuestro país se han hecho avances muy importantes en la materia, aún queda trabajo por hacer<sup>22</sup>.

La importancia de juezas en las decisiones de tribunales colegiados (cortes de apelaciones de Estados Unidos) es puesta de relieve en diversos estudios. Peresie (2005) concluye que existe una relevante correlación entre la presencia de una jueza en un tribunal colegiado y la decisión en favor de las mujeres en causas de discriminación y violencia de género y de acoso laboral. Así, ante la presencia de juezas, la decisión tiende a ser favorable a la mujer que se ha visto afectada por una situación de discriminación o violencia. Igual corroboración empírica existe en el sentido de que la integración de una mujer en un tribunal colegiado influye en el comportamiento de sus colegas hombres, quienes presentan, en igual tipo de causa, cambios en sus votos que favorecen a las mujeres. Por ello, argumenta la autora, la incorporación de mujeres al poder judicial en un número similar a la presencia de hombres pareciese ser una cuestión beneficiosa para decisiones favorables a mujeres en las causas de discriminación o violencia de género, especialmente en tribunales superiores de justicia. Ahora bien, estos hallazgos no dicen nada aún respecto de la presencia o ausencia de razones “feministas” o favorables al género en dichas causas. Una consideración como ésta requeriría

22 La paridad en la integración es una forma de representación adecuada de la sociedad que, además, produce un importante efecto simbólico. En este sentido, la Corte Suprema presenta aún un desequilibrio importante: 13 hombres, 7 mujeres y una vacante, lo que corresponde a un 65% de ministros y 35% de ministras. La integración de las Cortes de Apelaciones se distribuye en un 59,1% de ministros y 40,9% de ministras. Véase: <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/mujeres-y-hombres-en-numeros-en-el-poder-judicial>.

134

de un análisis argumentativo de las sentencias más detenido. Igual análisis requeriría determinar si la sensibilidad de género está más asociada a generaciones más jóvenes, con independencia al género de los jueces, y no simplemente a las “mujeres”.

Parafraseando a Boyd, Epstein y Martin (2010), para desentrañar los efectos causales del sexo en las decisiones judiciales es importante elaborar una metodología que responda a dos preguntas: 1) si y de qué manera jueces y juezas deciden los casos de manera diversa (efectos individuales) y 2) si y de qué manera el hecho de cumplir funciones con una jueza causa que los jueces (jueces hombres) se comporten de manera diferente (efecto panel). En un sentido similar al anteriormente referido, este estudio muestra que existe un efecto individual que indica que hombres y mujeres fallan de manera diversa, en tanto, siguiendo una aproximación “informativa”<sup>23</sup> que se funda en la premisa de que las mujeres poseen una información única e invariable que procede de experiencias profesionales compartidas (y que incluyen experiencias de discriminación), las mujeres emplean esa experticia, experiencia e información tratándose de casos en que aquella sea relevante. Por otra parte, el estudio describe que los hombres se comportan distinto si hay una mujer en el tribunal colegiado, es decir, se observa un efecto panel, aunque solo respecto de cierto tipo de casos en que la experticia, experiencia e información que poseen las mujeres sea relevante. Más precisamente, este efecto de género se observa de manera significativa solo en una de entre 13 materias estudiadas: causas de discrimi-

nación sexual. En estas materias, las mujeres pareciesen cumplir un rol persuasivo dado la cercanía con el fenómeno y, consecuentemente, debido a una mayor credibilidad en su análisis. Pese a estos hallazgos, los autores advierten que no se puede afirmar que el sexo “cause” la decisión, sino que, dada la multiplicidad de variables o factores que influyen en la decisión judicial, solo se puede describir que fallan distinto al analizar aisladamente una de aquellas variables. De este estudio se colige, además, que el voto judicial femenino, en las materias estudiadas, es más liberal que el de los jueces<sup>24</sup>.

23 Para las demás aproximaciones, esto es, “voz diferente”, “representacional” y “organizacional”, véase la Tabla 1 del mismo artículo.

24 Sobre la codificación liberal-conservador véase supra n.6.

## II. Teorías sobre el razonamiento judicial

### a. Justificación de las decisiones judiciales

Durante la década de los 70 del siglo pasado, la pregunta sobre cómo controlar las decisiones judiciales y evitar la arbitrariedad impregnaba buena parte de los debates de teoría del derecho. Dicho cuestionamiento resurgía frente a la denuncia de que el silogismo judicial y la figura del juez mecánico eran claramente insuficientes para dar cuenta de la complejidad de la justificación de la decisión judicial.

Frente a esta denuncia, un célebre artículo de Wróblewski de 1974 introduce una conocida distinción entre justificación interna y externa, que luego es empleada por un amplio sector de las teorías de la argumentación jurídica<sup>25</sup>. Según esta distinción, la justificación

interna es aquella que intenta determinar la consistencia lógica entre la decisión del juez y las premisas de su razonamiento. En otras palabras, puede entenderse como control final de ausencia de contradicciones entre lo razonado y concluido. Sin embargo, nada dice sobre la “validez” o “verdad” de las premisas; así las cosas, con una premisa normativa inválida o con una premisa fáctica falsa, igualmente podría afirmarse la corrección lógica de la decisión en tanto producto del razonamiento<sup>26</sup>.

Así las cosas, puede representarse la estructura básica de un silogismo deductivo como sigue:

25 Referencias a esta popular distinción se pueden encontrar, entre otros, en el propio Wróblewski 1988: 11, Alexy 1989: 214 y ss., y Atienza 2003: 26. La distinción entre justificación interna y externa es útil para mostrar que se realizan tres operaciones diversas cuando el juez aplica el derecho: a) una operación en la que se justifican las decisiones interpretativas que originan la formulación de la premisa normativa que regula el caso; b) una operación en que se valora la prueba y se construye un discurso sobre los hechos que es el contenido de la premisa fáctica; c) una operación en que el juez deriva una norma individual –contenido de su decisión– encuadrando el discurso sobre los hechos en la norma que regula el caso. Guastini indica que, en realidad, el razonamiento deductivo se estructura con más

premisas que la premisa fáctica y normativa: 1) la primera premisa es la regla que se aplica –expresa o inexpressa– fruto de interpretación decisoria o de creación; 2) la segunda premisa es una proposición fáctica que describe los hechos del caso; 3) la tercera premisa es un enunciado subsuntivo genérico; 4) la cuarta premisa es un enunciado subsuntivo individual –interpretación en concreto–; 5) finalmente está la conclusión como regla individual y concreta. Guastini 2011: 258.

26 La decisión como conclusión resultante de subsumir la premisa fáctica en la premisa normativa es, desde el punto de vista normativo, una norma individual que resuelve el caso concreto mediante la aplicación de una regla, atribuyendo las consecuencias jurídicas previstas por dicha regla para el caso genérico del que el caso concreto constituye una especie.



PM:	si $p$ entonces debe ser $q$	(premisa mayor, premisa normativa, “derecho”)
Pm:	$p$	(premisa menor, premisa fáctica, “hechos”)
C:	debe ser $q$	(conclusión o decisión)

Con relación a la tipología de las estructuras lógicas de la justificación interna que buscan garantizar la racionalidad formal, Chiassoni da cuenta de varios modelos que se enmarcan, no obstante, en dos tipos de posiciones: explicativa y analítica (Wróblewski) y normativa o directiva (Alexy) (Chiassoni 2011: 27-49). Cada uno de estos autores propone diversas formas de justificación lógico-deductiva. Pese a que la forma de presentar el silogismo judicial puede complejizarse, pareciese ser útil no perder de vista que la justificación interna consiste básicamente en un silogismo subsuntivo como el representado más arriba. Esta es la opción de Comanducci, que en caso alguno significa desconocer todas las actividades u operaciones que realiza el juez previamente a la subsunción misma ni olvidar que las premisas de aquel silogismo son, frecuentemente, complejas; además, esta opción otorga mayor relevancia a la justificación externa por sobre la interna (Comanducci 1999: 80-84).

La justificación externa se refiere a la fundamentación de las premisas normativa y fáctica empleadas<sup>27</sup>. Este tipo de justificación responde a las preguntas ¿es la premisa normativa válida?; ¿es la premisa fáctica “verdadera”? Suele entenderse por premisa normativa, o premisa mayor del razonamiento judicial, a la norma general y abstracta que sirve al juez para resolver el conflicto jurídico.

De forma más precisa, la premisa normativa (a que se suele, por economía, denominar “norma”) es un enunciado complejo que resulta de la interpretación de diversas disposiciones o textos normativos aplicables al caso concreto. Justificar la premisa normativa, por tanto, consiste en dar razones o argumentos para respaldar determinadas interpretaciones de textos normativos. A estas razones o argumentos se les denomina “argumentos interpretativos”, que son aquellos generalmente usados y aceptados por una cultura jurídica determinada para fundamentar la atribución de significado o producción intersubjetiva de derecho, y para evaluar el resultado de esas operaciones<sup>28</sup>.

La premisa fáctica es un enunciado que resulta de una serie de pasos y/o decisiones fraccionarias que “transforman” los hechos brutos en hechos del caso<sup>29</sup>; 1) se seleccionan o individualizan los hechos del caso y se determinan las circunstancias relevantes del mismo que han de ser objeto de prueba; 2) se rinde prueba, en conformidad a las normas legales respectivas; 3) el juez debe valorar la prueba de acuerdo al sistema de valoración que rija en el ordenamiento jurídico en cuestión; 4) el juez aplica el estándar de prueba correspondiente, y acepta como probada o no probada cierta hipótesis de hecho de las formuladas en el proceso; 5) el juez describe los hechos probados en el lenguaje de la regla de derecho sustantivo aplicada.

A partir de esta distinción entre justificación interna y justificación externa se han formulado modelos de justificación o motivación de la decisión judicial. Dentro de ellos,

27 A la justificación de la premisa normativa estará dedicada la sección b de esta II Parte; a la justificación de la premisa fáctica estará dedicada la sección c.

28 Véase infra b.ii.

29 La selección de los hechos, prueba y valoración de la prueba son las tres etapas que distingue García Amado 2010: 72 y ss.

cabe destacar el modelo analítico de motivación correcta de Chiassoni (2011:18 ss.): “[u]na *sentencia judicial* está motivada correctamente si, y solo si, cada una de las decisiones judiciales (disposiciones individuales, juicios jurídicos, normas individuales judiciales) que esta contiene es *racional* o está justificada *racionalmente*”, y se entiende que es racional o que está racionalmente justificada si satisface las condiciones de la justificación interna y externa. La justificación interna o lógico-deductiva es una condición de *racionalidad formal* que refleja el principio de no contradicción; la justificación externa puede ser normativa o probatoria según el tipo de premisas a las que se refiera y es condición de *racionalidad sustantiva* que refleja el principio de razón suficiente (Chiassoni 2011: 56). Racionalidad, en este modelo, es sinónimo de justificación interna y externa. Dicho en la terminología de este estudio, *afirmar la corrección de una decisión equivale a afirmar que es racional o que se encuentra justificada*, siendo los parámetros de corrección –racionalidad o justificación– de tipo lógico (justificación interna) y de tipo epistémico y

axiológico (justificación externa). Como modelo analítico que es, no indica cuáles deben ser estos criterios, sino que, centrándose en la justificación normativa, cuáles son los que comúnmente se utilizan por los operadores del derecho.

También desde una perspectiva analítica, Comanducci construye *tres modelos teóricos* sobre el razonamiento judicial que presentan varias similitudes con el modelo analítico de la motivación correcta planteado por Chiassoni, especialmente al enfatizar los dos tipos de justificación –interna y externa– del razonamiento del juez: un modelo de la decisión judicial silogísticamente justificada, un modelo de la justificación racional de la premisa normativa del silogismo decisional y, finalmente, un modelo de justificación garantista de la premisa menor del silogismo decisional (Comanducci 1999: 73-74). Nota: acerca del tema de los 3 modelos, es precisamente el uso del plural lo que se está sugiriendo. Vale decir, hay similitudes con la construcción de Chiassoni.



**b. Argumentación jurídica (justificación externa de la premisa normativa)**

**i. Panorama de las teorías de la argumentación jurídica contemporáneas**

El resurgimiento de la práctica de dar razones puede situarse en un estadio próximo al giro lingüístico. Como eco del aumento de teorías de la argumentación en la filosofía del lenguaje, y fuertemente influidas por las duras reacciones y críticas al positivismo jurídico que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, las teorías de la argumentación aparecieron muy pronto también en la filosofía jurídica. La mayoría de estas teorías consideraba, por una parte, que la argumentación jurídica compartía características del razonamiento práctico, y por otra, destacaba las especificidades que adquiere el razonamiento en este campo del conocimiento<sup>30</sup>.

La crisis de los postulados metodológicos del positivismo jurídico dio paso, en palabras de García Amado, a la pregunta sobre cómo controlar las decisiones jurídicas y evitar la arbitrariedad. Como respuesta a ello, las teorías de la argumentación se dirigieron a la construcción de criterios que proporcionasen un fundamento intersubjetivamente válido y plausible a las valoraciones presentes en la decisión jurídica. Estos criterios de racionalidad práctica del grupo social dejaban atrás el criterio de verificación empírica o de la verdad o falsedad lógica, buscando parámetros de corrección más allá de factores normativos. De esta forma, las teorías de la argumentación transitaron y forjaron vías

para superar la tensión entre pura decisión –imposición autoritaria de una opción– y pura justificación, buscando los elementos de una fundamentación racional guiada por una “pretensión de objetividad intersubjetivamente aceptable” (García Amado 1986)<sup>31</sup>.

Además de estos factores históricos, parte del progresivo interés en las teorías de la argumentación se debe, según Atienza, a que analizan aspectos funcionales –es decir, de funcionamiento del derecho– y no solo estructurales, como lo hacía la teoría del derecho de la primera mitad del siglo XX y las anteriores. A esta explicación se agregan razones pragmáticas –de mejora de las capacidades argumentativas por parte de los juristas– y políticas, esto es, aumento de la práctica de dar razones por parte de los órganos públicos tras la consolidación, en los sistemas contemporáneos, de un profundo compromiso con la democracia (Atienza 2000: 231).

A fines de los años setenta, tres autores –Alexy, Aarnio y MacCormick– provenientes de tres tradiciones jurídicas diferentes<sup>32</sup>, erigieron una preocupación común sobre la argumentación en el derecho, sin conocimiento de los desarrollos paralelos de los otros teóricos. Pese a que estas teorías tienen diferencias, todas comparten como premisa que la argumentación tiene y debiese tener un lugar privilegiado dentro del derecho<sup>33</sup>.

31 En línea similar, Tarello explica que el razonamiento jurídico es un instrumento de control social de la aplicación del derecho, que depende de la cultura de la organización social respectiva. Tarello 1980: 72-73.

32 En líneas gruesas y sin tener en cuenta las particularidades que cada una de ellas presenta en los países de origen de los autores –Alemania, Finlandia y Escocia– me refiero a la tradición del *civil-law*, la tradición escandinava y la tradición del *common-law*, respectivamente.

33 Un proyecto conjunto de esta preocupación común sobre argumentación fueron las reuniones entre

30 La principal referencia es la tesis del caso especial de Alexy. Véase Alexy 1989 y 1999.

Las propuestas se ocupan, por una parte, de analizar y reconstruir la forma de razonar de los operadores jurídicos y, por otra, de proponer y construir modelos de razonamiento adecuados, elencos de argumentos, y criterios para evaluar la solidez, valor y corrección de la argumentación jurídica. Todas ellas, de una u otra manera, están tras fórmulas o directrices que permitan descartar argumentos “incorrectos” y construir “buenos” argumentos en el derecho.

Algunas de las teorías de la argumentación jurídica surgen como una extensión al campo del derecho de los planteamientos teóricos que nacen del giro hermenéutico producido en la filosofía del lenguaje y/o como especificaciones de teorías éticas sobre el razonamiento práctico. Dentro de estas teorías pueden destacarse, por ejemplo, las obras de Toulmin *An examination of the place of Reason in Ethics* (1953) y *The Uses of Argument* (1958); la obra de Hare, *The language of morals* (1952); el *Tratado de la argumentación* de Perelman y Olbrechts Tyteca (1958); la teoría de los actos de habla de Austin (1962) y la teoría de la acción comunicativa y la teoría consensual de la verdad de Habermas (1973, 1989). Dentro de las teorías de la argumentación jurídica más difundidas se encuentran la de Viehweg (*Tópica y jurisprudencia*, 1953), Perelman (*Lógica jurídica y la nueva retórica*, 1988), Alexy (*Teoría de la argumentación jurídica*, 1978), MacCormick (*Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978) y Aarnio (*Lo racional como razonable*, 1987)<sup>34</sup>.

Hay autores que han construido clasificaciones para agrupar las distintas teorías de la argumentación jurídica. Así, Atienza distingue entre concepción formal, material y pragmática de la argumentación (Atienza 2006: 109ss, 181ss, 247ss). Vega, por su parte, recurre a la distinción aristotélica para clasificar la argumentación en tres regiones: la lógica, la dialéctica y la retórica, para luego proponer la integración de aquéllos (Vega 2003: 29-34, 90).

Central para varias de las teorías de la argumentación resulta la noción de “casos difíciles” o *hard cases*. A pesar de no existir una única definición de éstos, la mayoría está de acuerdo en que en ellos existe la necesidad de justificar reforzadamente el contenido de las premisas del razonamiento, lo que se lleva a cabo a través del segundo nivel de justificación o justificación externa. A este segundo nivel de justificación se transita cuando las premisas que conforman el silogismo son cuestionadas, o existen varias interpretaciones posibles de las disposiciones o de los hechos que conformarán las premisas normativa y fáctica respectivamente, o existe una colisión entre las normas y principios aplicables al caso concreto. Para Dworkin, *grosso modo*, son casos difíciles aquellos en que no existe norma explícita que resuelva el caso (Dworkin 2002: 146ss). Para MacCormick, en cambio, lo son aquellos que no se pueden resolver mediante el primer orden de justificación (silogismo deductivo), y que se clasifican en problemas de interpretación, relevancia, prueba y calificación, afectando los dos primeros a la premisa normativa y los dos restantes a la premisa fáctica (MacCormick 1997: 195ss). Alexy, por su parte, señala cuatro situaciones que son consideradas casos difíciles: cuando una norma contiene diversas proposiciones alternativas en el supuesto de hecho; cuando su aplicación exige un com-

A. Aarnio, R. Alexy y A. Peczenik entre 1979 y 1980, que dieron como resultado el conocido artículo colectivo de 1981 “The Foundation of Legal Reasoning”.

34 Para una buena introducción a las teorías de la argumentación, véase Atienza 2003 y 2013 y Feteris 2017.

plemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas; cuando son posibles distintas consecuencias jurídicas; y cuando en su formulación se emplean expresiones que poseen distintas interpretaciones (Alexy 1989: 216).

Los teóricos de la argumentación se han dedicado no solo a examinar la estructura de la argumentación –lógica, discursiva, pragma-dialéctica<sup>35</sup>–, sino que también se han concentrado en identificar, conceptualizar y evaluar los tipos de argumentos que integran o deberían integrar el proceso argumentativo. Un catálogo de argumentos bastante completo es el proporcionado por Tarello<sup>36</sup>, al que se suman otros estudios comparados de corte empírico que identifican argumentos que operan en distintos sistemas<sup>37</sup>. A estos listados, en fin, se suman intentos de agrupar argumentos. Solo a modo de ejemplo, Alexy distingue las siguientes formas de argumentos: semántico,

genético, histórico, comparativo, sistemático y teleológico (Alexy 1989: 226-234); mientras que MacCormick y Bankowski clasifican los argumentos en lingüísticos, sistémicos y teleológico-evaluativos (1991: 364-373)<sup>38</sup>; Wróblewski, en fin, propone una tipología de directivas de interpretación en dos niveles. Las directivas de primer nivel tienen por objeto especificar “cómo el significado pragmáticamente dudoso de una regla debe ser determinado tomando en cuenta sus contextos básicos semánticamente relevantes”. Dichos contextos son el lenguaje jurídico, el sistema al que pertenece la regla y los factores sociopolíticos, culturales y económicos del tiempo en que se dicta o interpreta la regla. Las directivas de segundo nivel especifican la secuencia de uso de las directivas de primer nivel (directivas de procedimiento) y la elección entre significados diferentes por aplicación de distintas directivas de primer nivel (directivas de preferencia) (Wróblewski 1992: 91). Argumenta este autor que las directivas cumplen un papel tanto de racionalización pues “canalizan la justificación de las decisiones interpretativas”, como un papel heurístico, a nivel psicológico, para arribar a la decisión (Wróblewski 1989: 196-197). Dentro de las directivas de primer nivel se encuentran: a) las *directivas lingüísticas*, que indican cómo debiese determinarse el significado de una regla dentro de su contexto lingüístico; b) las *directivas sistemáticas* buscan determinar el significado de la regla objeto de interpretación en el contexto del sistema al que pertenece; y c) las *directivas funcionales*,

35 La estructura lógica de la argumentación ha sido tomada y fortalecida por el esquema de argumentación de Toulmin 1958. El ejemplo paradigmático de estructura discursiva es Alexy 1989. Para la estructura pragma-dialéctica véase F. van Eemeren y R. Grootendorst 1992.

36 Estos argumentos son: *a contrario*, *a simili ad simile*, *a fortiori*, *a completudine*, *a coherentia*, psicológico, histórico, apagógico, teleológico, económico, autoritativo o *ab exemplo*, sistemático, naturalista, equitativo, y a partir de principios generales. Tarello 1980: 345-387.

37 Los países estudiados son Argentina, Alemania, Finlandia, Francia, Italia, Polonia, Suecia, Reino Unido y Estados Unidos. Este elenco de once argumentos no coincide exactamente con el de Tarello. Los tipos de argumentos que constituyen el núcleo común a los sistemas jurídicos analizados son: el significado común, el significado técnico, el argumento de armonización contextual, la invocación de precedentes, la analogía, argumentos lógico-conceptuales, argumento de principios generales de derecho, argumento histórico, argumento del fin o propósito de la ley, el que consiste en razones sustantivas y el de la intención del legislador. Summers y Taruffo 1991: 464-465.

38 Dentro de los argumentos teleológico-evaluativos, mencionan los siguientes subtipos: el argumento del propósito objetivo de una norma –incluyendo aquí los argumentos de justicia, como elemento de la “integridad” dworkiniana, y los argumentos políticos o de directrices políticas (*policy arguments*)–, argumentos de principios jurídicos, argumentos de sentido común, y argumentos de absurdidad.

que guardan relación con el contexto funcional entendido como conjunto complejo de elementos proveniente del sistema sociopolítico y económico en el que se inserta el derecho; la cultura general de aquella sociedad; los objetivos de grupos relevantes de la sociedad; las funciones y fines del derecho, de sus reglas, de las reglas extra-jurídicas y de las valoraciones (Wróblewski 1992: 97ss).

De la revisión de las propuestas de estos autores, se puede apreciar que elementos tales como adhesión del auditorio, universalización, coherencia, consistencia, aceptabilidad, racionalidad, consideraciones morales o políticas, consecuencias positivas, entre otros, son argumentos o razones que actúan como criterios de corrección de la argumentación jurídica y, paradigmáticamente, del razonamiento judicial: son un parámetro con el que la decisión debe conformarse.

Desde la perspectiva de este informe, es importante resaltar que una *teoría* de la interpretación y argumentación “que es” se distancia de una *ideología* de la interpretación y argumentación “que debe ser” (Gustini, 2011: 433 y ss.)<sup>39</sup>. En este último caso, se trata de un discurso evaluativo o prescriptivo sobre la interpretación y argumentación referido a dos problemas: cómo debiese ser una correcta interpretación, para lo cual se proporcionan criterios, reglas o métodos que sirvan de guía al intérprete *ex ante*; y cuáles son los elementos desde los cuales evaluar la corrección de una interpretación, para lo cual se proponen criterios, reglas o métodos que sirvan de guía al analista para evaluar *ex post* una interpretación. La mayoría de las tesis,

sin embargo, no hacen una distinción tajante entre criterios *ex ante* y *ex post*, sino que son los mismos criterios que pueden emplearse para interpretar o para analizar interpretaciones ya realizadas.

Una ideología de la interpretación jurídica consiste en “dirigir la actividad interpretativa para que siga los valores o ideales a realizar” por el juez (Wróblewski 1989: 63 y ss.). Esos “valores e ideales” cuya realización el juez persigue son valoraciones extrajurídicas que provienen de los sistemas normativos éticos de preferencia de los intérpretes. Así pues, las ideologías de la interpretación jurídica integran puntos de vista y lecturas sobre aquello que, dicho de manera condensada, es bueno para la convivencia social, ya sea universalmente, ya sea para una sociedad y cultura espaciotemporalmente definida. Ello quiere decir que, respetando ciertos límites, hay espacio conceptual para el ingreso justificado de valores en el razonamiento judicial, como lo es una ideología feminista.

Ahora bien, la “carga ideológica” puede ingresar en diversos momentos de la actividad interpretativa. Así, en primer término, en el punto de partida de la interpretación, y específicamente, en la decisión de si se trata de una disposición normativa clara o dudosa. Esta decisión implica evaluar las posibilidades interpretativas que se tiene en uno y otro caso. También ingresan valoraciones en la formulación de directivas de interpretación y en la elección de esas directivas. Un ejemplo de cómo distintas ideologías influyen en la selección de directivas interpretativas es el que pone Wróblewski a propósito de las tesis estáticas y dinámicas sobre interpretación jurídica. Las tesis estáticas, en tanto persiguen los valores de seguridad jurídica, certeza y estabilidad, favorecen un significado constante

39 Los párrafos siguientes, con algunas modificaciones menores, reproducen ideas plasmadas en Carbone II 2017: 17-19.

del material normativo —generalmente vinculado a la voluntad del legislador— estimulando el uso de directivas lingüísticas. Las tesis dinámicas, por su parte, en tanto persiguen adecuar el material normativo a las relaciones sociales, económicas, culturales e ideológicas existentes al momento de interpretarlo, recurren a las directivas funcionales para alcanzar ese significado cambiante y contextual de las normas (Wróblewski, 1989: 185-190). Una aproximación como esta última permitiría interpretar de una manera no discriminadora textos jurídicos que contengan un estereotipo de género normativo<sup>40</sup>.

## ii. Argumentos interpretativos

Como se ha venido sosteniendo, justificar la premisa normativa consiste en dar razones o argumentos para respaldar determinadas interpretaciones de textos normativos. El presupuesto tras esta afirmación, dicho simplifcadamente, es que para “aplicar el derecho” se requiere interpretar, y al interpretar el derecho se debe argumentar o dar razones para justificar que se trata de una interpretación aceptable, buena o correcta.

En lo que sigue, se asumirá una determinada teoría de la interpretación —la teoría escéptica moderada—, que entiende la interpretación, por una parte, como una actividad de atribución de significado a textos de fuentes del derecho o disposiciones normativas. Esta actividad interpretativa concluye con un enunciado interpretativo del tipo “*el texto T significa S, según el/los argumento/s ai<sub>1</sub>, ai<sub>2</sub>, ai<sub>3</sub>,...*”. En tanto la interpretación que realiza el juez es una *decisión* entre significados po-

sibles de un texto, esa decisión interpretativa no es susceptible de valores de verdad o falsedad. Dicho de otra manera, en tanto esa decisión no describe el significado del texto sino más bien lo *adscribe*, no tiene sentido hablar de su verdad o falsedad (Guastini 2011: 133 y ss)<sup>41</sup>.

La importancia de hacer esto explícito, y de apartarse de una teoría cognoscitivista en materia interpretativa, radica en que, por una parte, no se asume la existencia de interpretaciones objetivamente correctas o de una única respuesta correcta<sup>42</sup> y, por otra parte, en el rol del intérprete, paradigmáticamente del juez, en la selección de los argumentos interpretativos que empleará para atribuir significado a los textos normativos aplicables, dentro de aquellos tradicionalmente utilizados por los operadores del derecho de un determinado ordenamiento jurídico (Chiassoni, 2011: 89, 130, 347). Es decir, es el intérprete quien elige qué argumentos usará de acuerdo con sus propios valores e ideología.

Los argumentos o razones que justifican interpretaciones de textos normativos se denominan argumentos interpretativos, o directivas interpretativas. Según Chiassoni, las

40 La noción de estereotipos y una clasificación entre estereotipos descriptivos y normativos se aborda *infra*, en la sección c.iii.2.1.

41 La “revolucionaria” distinción entre disposición normativa y norma ha sido popularizada por Riccardo Guastini en diversos textos. Vid., por todos, Guastini 2011: 133 y ss. Sintéticamente, disposición normativa son los textos de las fuentes del derecho; norma es el resultado de un proceso de interpretación de disposiciones normativas, es decir, el significado atribuido a dichas disposiciones. Sobre las teorías de la interpretación que este autor distingue, véase Guastini 2011: 407 y ss.

42 En esto se opone a la “tesis de la única respuesta correcta” dworkiniana, que sostiene que frente a un caso difícil existe una sola respuesta o solución que es la correcta, aunque el juez no la descubra o existan opiniones controvertidas respecto a cuál sea aquélla. Vid. Dworkin 1978, 1985, 1996.

directivas interpretativas pueden tener al menos tres usos: *ex ante*, para identificar y atribuir significados a las disposiciones (*función heurística*); *ex post*, para justificar atribuciones de significados (*función justificativa*); *ex post*, para valorar la corrección de interpretaciones (*función crítica*) (Chiassoni 2011: 159).

Los argumentos interpretativos son razones que respaldan o justifican la atribución de significado a un enunciado, texto o disposición normativa, y que provienen de reglas o de costumbres interpretativas seguidas en un determinado contexto sociocultural. Más precisamente, los argumentos interpretativos son aquellos generalmente usados y aceptados por una cultura jurídica determinada para fundamentar la atribución de significado o para producción intersticial de derecho, y para evaluar el resultado de esas operaciones.

Siguiendo a Ezquiaga (1987, 1994), los argumentos interpretativos en tanto “buenas razones” que sirven para justificar las decisiones interpretativas, pueden clasificarse en los siguientes: 1) argumentos que justifican la solución de lagunas normativas, y dentro de esta categoría incluye el argumento analógico, *a fortiori*, *a contrario* o a partir de los principios; 2) argumentos que justifican el rechazo de posibles significados del enunciado normativo, que son el argumento de la no redundancia, el argumento de la reducción al absurdo y el argumento pragmático; 3) argumentos que justifican la atribución de significado a un enunciado normativo, grupo en el que incluye: el sistemático (*a cohaerentia*, *sedes materiae* y argumento sistemático en sentido estricto), el psicológico, el histórico y el teleológico.

A continuación, se presenta una breve descripción de aquellos de uso más frecuente y que pueden tener relevancia desde la perspectiva de este estudio.

143





## 1. Argumento semántico o del tenor literal<sup>43</sup>

El argumento semántico o del tenor literal es el que atribuye a las disposiciones normativas el significado que proviene de las palabras empleadas por el legislador. El intérprete se enfrenta, en primer lugar, a un texto, debiendo comprenderlo de acuerdo con las reglas semánticas y sintácticas generales de su lengua. El significado de las palabras corresponde a su sentido ordinario o común, salvo en los casos de que se trate de una palabra definida por el legislador (es decir, con significado jurídico propio) o de una palabra técnica de alguna ciencia, en los cuales deben atribuirse dichos significados, prevaleciendo la definición legislativa en caso de existir.

## 2. Argumento basado en principios

En palabras simples, el argumento basado en principios puede definirse como aquel que justifica una decisión interpretativa recurriendo a un tipo de estándares denominados principios. El concepto de principio es objeto de controversia en la teoría<sup>44</sup>, dogmática y práctica del derecho. Sin pretensiones de resolverla, consideraré que los principios son un tipo de normas que, en comparación con otras, resulta más general o fundamental (Prieto 1992).

Una gran distinción es entre principios explícitos y principios implícitos (Guastini 2011, Wróblewski 1992). Los principios explícitos son aquellos que se encuentran expresamente contemplados en una disposición normativa; los principios implícitos son aquellos cuyo significado no puede imputarse a ninguna disposición o texto preciso, y que se extraen a través de i) la inducción de una norma general a partir de normas particulares –mediante abstracción, generalización, universalización–; ii) conjeturas sobre la *ratio* de una norma, esto es, intención del legislador, valores que protege la norma, fin de la norma; iii) la elaboración de una norma implícita que sea necesaria para la realización de otro principio previamente reconocido, dándole a aquélla el rango de principio<sup>45</sup>.

El argumento a partir de principios puede cumplir tanto una función integradora de lagunas o vacíos normativos, como una función interpretativa de otras disposiciones o instituciones del respectivo sistema jurídico (Ezquiaga 1994).

Las principales dificultades en el uso de este argumento son: a) cómo se identifica, construye, dota de contenido y justifica la existencia de un principio implícito; b) cómo se resuelve una colisión (aparente o real) entre dos o más principios del sistema jurídico supuestamente aplicables a la resolución de un mismo problema jurídico que arrojan soluciones diferentes. Más precisamente, es la falta de claridad sobre estas cuestiones, unido a la falta de una teoría más o menos compartida sobre qué son y cómo funcionan los principios, lo que genera déficit argumenta-

43 Este es el conocido “elemento gramatical” que se consigna en las reglas de interpretación del Código Civil, arts. 19 inc.1º, 20 y 21. No todos los autores lo consideran como argumento independiente; sí lo hacen Alexy y Guastini.

44 Sobre la ambigüedad del término “principio” y algunos debates contemporáneos al respecto, véase Carbonell y Letelier 2011.

45 Esta clasificación (normas con disposición o texto y normas sin disposición o texto) es de Guastini 2011: 155-161, 182-190.

tivo o, directamente, confusión y malos argumentos escondidos bajo el manto intocable de “esto es un principio (indiscutido e indiscutible) de nuestro sistema”.

### 3. Argumento sistemático

En un sentido muy amplio, puede decirse que el argumento sistemático es aquel que tiene en cuenta el sistema. El presupuesto, indiscutido, es que las normas jurídicas no pueden comprenderse en forma aislada, sino como parte de un conjunto, de un sistema, que proporciona el contexto para su adecuada comprensión, interpretación y aplicación. La discusión radica, más bien, en las características del sistema, en cuáles son sus elementos y en cómo se relacionan entre sí.

Podrían distinguirse, en líneas gruesas y simplificando bastante, dos concepciones en torno al sistema jurídico: una primera, que sigue la hipótesis de que las normas jurídicas forman un todo ordenado y coherente, lo que supone un legislador racional que no produce contradicciones ni antinomias en su labor de creación, modificación o expulsión de disposiciones normativas; una segunda, que asume que los sistemas jurídicos poseen cierto orden, pero que evidentemente se pueden dar contradicciones entre sus elementos. Dentro de esta concepción bien podrían encuadrarse tanto la tesis de que el intérprete o aplicador del derecho es el llamado a hacer coherente el sistema jurídico, como la tesis de que esto no es obligatorio, necesario ni deseable.

Estas y otras cuestiones referidas a la coherencia en la justificación de decisiones interpretativas, han llevado a varios autores a hablar de “argumentos sistemáticos” en plural. Así, se ha distinguido, por ejemplo, el argumento sistemático en sentido estricto, el to-

pográfico o *sedes materiae*, el de la constancia terminológica del legislador y el sistemático conceptual o dogmático (Ezquiaga 1994).

Aquí entenderemos por argumento sistemático aquel que propugna que a una disposición normativa le sea atribuido un significado armónico o coherente con el de otras normas del sistema, ya sean éstas jerárquicamente superiores (por ejemplo, coherente con la Constitución), ya sean pertenecientes a la misma área del derecho o a otra, de igual o mayor amplitud que aquella.

### 4. Argumento teleológico

El argumento teleológico “consiste en interpretar un enunciado de acuerdo con su finalidad”; entendiendo que la norma es un medio para alcanzar un fin (Ezquiaga 1994). Así definido, una primera dificultad aparece de inmediato: cuál es y cómo se determina la finalidad del enunciado.

Otro enfoque es el que distingue entre argumento teleológico subjetivo y objetivo. De acuerdo con el primero “está justificado dar a los enunciados legales el significado que (en mayor grado) permita alcanzar el fin (o los fines) que con ellos quiso su autor”. Según el argumento teleológico-objetivo “está justificado dar a los enunciados legales el significado que (en mayor grado) permita alcanzar el fin (o los fines)” que una persona razonable o la mayoría de la sociedad querría lograr hoy en día (al momento de la interpretación) al formular tales enunciados (García Amado 2004). Es un argumento admisible ya que se considera bueno o deseable que se respete, respectivamente, la voluntad del legislador y el sentir de la sociedad en un determinado momento (o “la racionalidad práctica de la institución jurídica”).

El argumento teleológico-subjetivo equivale a lo que algunos denominan el argumento histórico, psicológico, genético u originalista: “aquél por el que enunciado el significado que se corresponda con la voluntad del emisor o autor del mismo, es decir, del concreto legislador que históricamente la redactó” (Ezquiaga 1994).

### 5. Argumento consecuencialista

El argumento consecuencialista es aquel que toma en cuenta las consecuencias positivas o negativas que podría generar una determinada decisión jurídica como razón para apoyar o rechazar dicha decisión (Carbonell 2016). Se denomina también argumento pragmático, que ha sido definido como “aquel que permite apreciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables” (Perelman y Olbrecht-Tyteca 2000: 409).

Este argumento puede descomponerse en dos: argumento de las consecuencias jurídicas y argumento de las consecuencias extrajurídicas. El primero consiste en identificar los efectos que una decisión en un sentido u otro tendrá en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, consecuencias negativas en la seguridad jurídica, consecuencias positivas de evitar desregulación en un determinado sector, etc.). El segundo consiste en el impacto que se prevé tendrá una decisión fuera del ordenamiento jurídico, por ejemplo, consecuencias favorables o desfavorables de tipo social, económico o político.

Los problemas que plantea este tipo de argumentación son diversos, entre los cuales destacan: cuáles consecuencias deben considerarse o hasta dónde hay que llegar en la cadena de consecuencias; respaldo insuficiente en la argumentación de que las consecuencias

se producirán en el sistema o en el mundo tras la decisión (meras menciones o “amenazas” sobre su ocurrencia; relación causal entre la decisión y las consecuencias; cómo justificar el carácter valioso o conveniente de las consecuencias frente a otros valores, intereses o bienes en juego (particularmente, con relación a las consecuencias extrajurídicas); para qué o quiénes son favorables o desfavorables.

Respecto de este argumento, podría pensarse en un uso que excluya una interpretación que produzca, como consecuencias jurídicas, la discriminación de la mujer.

### 6. Argumento del uso del precedente

El argumento del uso del precedente consiste en citar, en una sentencia judicial, decisiones judiciales pasadas que se refieran a idénticas circunstancias relevantes o a hechos similares como razón para adoptar una decisión interpretativa. El uso del precedente *qua* argumento es independiente a la discusión sobre el precedente vinculante, pues en ese caso, se requiere de la existencia de una regla que establezca la obligatoriedad de resolver en el mismo sentido que anteriormente se ha hecho, asimilándose la decisión a una regla de las fuentes del derecho.

El argumento del uso del precedente constituye un tipo de argumento de autoridad, junto al argumento dogmático. El tribunal puede bien citar decisiones anteriores propias sobre un mismo asunto, bien decisiones anteriores de otros tribunales, sean éstos de igual o superior jerarquía. En el primer caso, estamos frente a lo que se denomina “autoprecedente”; en el segundo caso, frente al “heteroprecedente” que puede ser horizontal o vertical.

El autprecedente se ha definido como la “adopción de soluciones uniformes por parte de un mismo aplicador del Derecho”, y constituye “una regla de racionalidad cuyo único fundamento reside en esa exigencia de la justicia formal que es el requisito de la universalización”. Esta “exigencia de universalización -...- constituye una garantía última de racionalidad cuando el juez se ve llamado a elegir entre distintas opciones” (Gascón 1993). El precedente es una expresión de la regla de justicia formal que, en palabras simples, obliga a tratar de manera igual a los iguales o de un mismo modo a todos los seres que pertenecen a determinada categoría, y se vincula también con su correlato, el principio de inercia, según el cual “una opinión o una praxis que haya sido aceptada una vez, no puede abandonarse sin un motivo para ello” (Perelman 1964). Dicho de otra manera, la noción de justicia formal requiere que la justificación de las decisiones en los casos individuales lo sea siempre en base a una proposición universal a la que el juez tiene que adherir como base para decidir otros casos semejantes futuros y decidirlos de la misma manera en el caso presente. Expresado como una regla general, “todo hablante solo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes” (Alexy 1989). Expresado como una regla jurídica, “(J.14) quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación”. Alexy hace hincapié en que, cualquiera que sea la técnica de divergencia que se emplee –por ejemplo, el *distinguishing* o el *overruling*<sup>46</sup> – deben darse razones jurídicas que la fundamenten.

46 Simplificadamente, el *overruling* consiste en modificar la doctrina jurisprudencial anterior —por ejemplo, porque era errada o débil, porque ha habido ciertos progresos dogmáticos o científicos que hagan necesario

Así las cosas, aun tratándose de sistemas jurídicos en que no existe una regla consuetudinaria o positivizada de precedente vinculante, como es el caso chileno, puede no obstante considerarse que el seguimiento de decisiones anteriores, al menos de las del propio tribunal, es síntoma de racionalidad de aquella práctica judicial o de que ella goza de buena salud. En esa línea, recurrir como fundamento de una decisión presente a una decisión pasada que recae sobre idénticas circunstancias relevantes o sobre hechos similares puede ser útil para fortalecer la justificación de la decisión.

### iii. Interpretar y argumentar con perspectiva de género

Como se señaló en la Introducción, la perspectiva de género en el ejercicio de la función jurisdiccional consiste en identificar la desigualdad estructural en que se encuentran las mujeres con relación a los hombres, y en advertir los efectos discriminatorios negativos que aquella pueda producir en las mujeres por el hecho de ser tales<sup>47</sup>. Pese a que la expresión “juzgar con perspectiva de género” puede ser intuitivamente clara, puede tener contornos difusos, dependiendo de los conceptos y herramientas o métodos que le den contenido a aquella expresión. En cualquier caso, “interpretar y argumentar con perspectiva de género” es una

cambiarla, porque existe un cambio de regulación—. El *distinguishing* consiste en introducir distinciones para mostrar que el caso presente, esto es, las circunstancias fácticas sobre las que debe recaer la resolución judicial son distintas a las del caso anterior y, por tanto, no corresponde aplicar automáticamente la misma consecuencia jurídica.

47 En este Informe, el acento está puesto en las mujeres, aunque igualmente la perspectiva de género podría emplearse para evitar discriminaciones para personas pertenecientes a otras orientaciones sexuales e identidades de género (LGBTQ+).

dimensión de “juzgar con perspectiva de género”, siendo la otra dimensión “razonar sobre la prueba con perspectiva de género”.

Teniendo en consideración las teorías de la interpretación y argumentación jurídica anteriormente reseñadas, se entenderá que interpretar con perspectiva de género consiste en evitar, en el ejercicio de atribuir significado a las disposiciones normativas aplicables, producir efectos discriminatorios hacia las mujeres, teniendo en cuenta las construcciones culturales y la estructura de las relaciones sociales entre hombres y mujeres, y eventuales contextos especialmente desfavorables y peligrosos para la mujer: violencia contra la mujer, relaciones asimétricas de poder y determinadas condiciones de vulnerabilidad de las mujeres (niñas y adolescentes, pobreza, migrantes, indígenas).

Hay dos preguntas que se vinculan con la posibilidad de que pueda evitarse los mencionados efectos discriminatorios: 1) ¿qué sucede si el derecho aplicable incorpora estereotipos de género negativos<sup>48</sup> o tiene un contenido que discrimina a la mujer?; 2) ¿qué rol puede jugar la perspectiva de género en la selección y uso de argumentos interpretativos, y en la solución de los conflictos jurídicos?

Para abordar la primera pregunta, sería necesario ir un paso más atrás y plantear una tesis bastante compartida entre las distintas teorías feministas que puede resumirse bajo la expresión “el derecho es masculino”<sup>49</sup>. Se

trata de una crítica de larga data que, resumidamente, entiende que el derecho es “la experiencia masculina de la autoridad’ y que sirve fundamentalmente para el mantenimiento y reproducción de la supremacía masculina”. Según esta concepción, el derecho adopta el punto de vista masculino, subyaciendo a aquel conjunto de normas “el mito del padre”. La estructura de lo jurídico estaría construida sobre valores masculinos: objetividad, neutralidad, imparcialidad, racionalidad, valores dicotómicos cuya contrapartida serían femeninos y estarían excluidos del derecho. Extremando el argumento, la norma jurídica adolecería de iguales problemas. Sin embargo, tampoco parece ser claro que un “derecho femenino”, uno ligado a la “naturaleza” o al “modo de ser e intereses de las mujeres” resuelva completamente el problema. La misma denuncia se dirige contra la racionalidad y neutralidad del método jurídico, que repercute en favorecer los intereses masculinos.

Algunas de estas consideraciones desembocan en lo que se conoce como “dilema de la diferencia”, que puede formularse a través de tres interrogantes que presenta García Amado (1992: 34): 1) “¿cuándo el tratar a las personas de modo distinto recalca sus diferencias y, sobre esa base, las estigmatiza o las perjudica, y cuándo el tratar a todos de modo igual significa insensibilidad frente a sus diferencias y supone también, sobre esa base, perjudicarlas o estigmatizarlas?” (Minow 1990: 20); 2) “cómo reconocer las diferencias sin que ello signifique perpetuar las desventajas legales y sociales que de ellas se han seguido” (Rhode 1991: 1789); 3) “qué diferencias entre los sexos son o deben ser relevantes a efectos legales” (Scales 1986: 1375).

48 “Una norma que establece una diferencia de tratamiento basada en un estereotipo descriptivo sin base estadística (basada en una falsa generalización) no está justificada porque se ha hecho una distinción entre casos que no son significativamente diferentes, es decir, se trata de una diferenciación discriminatoria” (Arena 2018).

49 Las reflexiones que vienen a continuación las

plantea un agudo artículo de García Amado de 1992.

Pese a que no es posible ahondar en las críticas feministas hacia el derecho, es importante hacer algunas advertencias antes de continuar. En primer lugar, en este estudio se proponen aproximaciones teóricas y metodológicas referidas al razonamiento judicial, tomando en consideración el derecho que es, es decir, el derecho válido y vigente dentro del territorio de un estado. Este presupuesto no impide valorar negativamente regulaciones o normas jurídicas que se estimen injustas o negativas para los intereses de las mujeres ni impulsar, en estos casos, agendas de modificación legislativa.

En segundo lugar, desde la perspectiva aquí asumida, se considera valiosa y deseable la separación de funciones entre las potestades clásicas del estado moderno (Atria 2016). Ello significa, cuando se trata de la relación entre juez y legislador, que el primero debe evitar la

suplantación del segundo y, concretamente, debe evitar decisiones *contra legem* y decisiones arbitrarias entendiendo que lo son aquellas que incumplen con la justificación externa en tanto no dan razón alguna en apoyo de las premisas normativa y fáctica y aquellas que se fundan en motivos excluidos por el sistema jurídico, como intereses personales, prejuicios sociales, sesgos, temores o recompensas.

En tercer lugar, que el contenido de una disposición normativa sea *prima facie* discriminatorio contra la mujer no conduce, pura y simplemente, a que el juez o tribunal no tenga margen para proponer una interpretación sistemática que, incorporando el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, o recurriendo a mecanismos para solucionar antinomias, pueda salvar dicho efecto discriminatorio *prima facie*.



En cuarto lugar, hay que estar atentos a los problemas que un método jurídico feminista que sirva al resultado de “eliminar toda situación de sometimiento y discriminación de la mujer” pueda generar cuando, para el logro de tal objetivo, se requiera “la vulneración de una norma jurídica válida. ¿Exige el método feminista en tal supuesto la decisión *contra legem*? ¿O simplemente -...- requiere prescindir de las normas jurídicas, cuestionadas en su misma pretensión de generalidad y abstracción?” (García Amado 1992: 32). El casuismo y el particularismo tienen el peligro de aumentar las desigualdades. Por ello, parece acertado que un método jurídico capaz de “detectar y corregir los elementos de discriminación injusta para la mujer que se contengan en las normas, ha de servir también como método general para detectar cuándo en la norma se contienen elementos discriminatorios para cualquier otro grupo o colectivo”. Es decir, el método debe ser generalizable. El recurso a argumentos interpretativos generalmente usados y aceptados por una cultura jurídica determinada para fundamentar la atribución de significado tiene una pretensión de uso generalizado.

La segunda pregunta -¿qué rol puede jugar la perspectiva de género en la selección y uso de argumentos interpretativos, y en la solución de los conflictos jurídicos?- ha sido, en parte, abordada. Tal como se señaló al tratar los argumentos interpretativos, algunos de ellos son aptos para un uso favorable a la perspectiva de género, como lo son el argumento sistemático y el argumento consecuencialista.

Hay otros argumentos que también podrían conseguir los resultados perseguidos por la perspectiva de género aplicada a las decisiones judiciales. El argumento evolutivo, que es aquel que dota a las palabras de

los textos legales del significado que aquellas tienen al momento de aplicarse la norma, de su “significado actual”. Por ejemplo, el uso de expresiones vagas por parte del legislador, tales como moral o buenas costumbres, puede ser considerada como una técnica legislativa que, de manera consciente, deje en manos del juez la exacta determinación del contenido semántico de tales expresiones, actualizando el significado al contexto en el cual la norma tendrá aplicación.

Un segundo ejemplo que suele usarse como una herramienta para revertir ciertas desigualdades es el argumento de la equidad, al que puede ser recurrirse no solo a falta de ley que resuelva la contienda (art. 170nº5 CPC), sino que también cuando, luego de aplicar las reglas de interpretación de los artículos 19 al 23 del Código Civil, subsisten pasajes oscuros o contradictorios en una ley (art. 24 CC). Este argumento busca la solución adecuada a las particularidades del caso. En efecto, y como sostenían los medievales, y antes Cicerón, la equidad consiste en “la conveniencia entre las cosas que todo lo equipara y que en casos iguales pide igual derecho”, que no sería sino la finalidad última del Derecho (Guzmán Brito 1981: 51).

Ahora bien, ¿qué hacer frente a categorías textualmente masculinas que el legislador emplea en ciertas regulaciones, como la de “buen padre de familia”? En este caso concreto e invocando la finalidad del uso de esta categoría para regular ciertas conductas (argumento teleológico), bien podría usarse indistintamente la expresión buena madre de familia o buen padre de familia, atribuyendo iguales deberes de conducta a ambos.

Hay normas que se fundan en preconcepciones o asunciones acerca de características,

conductas o roles que debiesen tener las mujeres o los hombres. Solo a modo de ejemplo y simplificado, a) el art.365 del Código Penal, criminaliza las relaciones homosexuales en las que uno sea púber y restringe la autonomía sexual del púber a las relaciones heterosexuales<sup>50</sup>; b) la regla que asignaba, entre padres separados, el rol del cuidado personal a las madres, dejando al padre con derecho de visitas (antes de la Ley 20.680), se funda en la asignación de un rol de cuidadora a las madres<sup>51</sup>; c) las reglas que prohíben la adopción por parte de parejas homosexuales se basan en una preconcepción de que las parejas heterosexuales son más aptas para la crianza de los hijos; d) las reglas que regulan el matrimonio (especialmente, el art.102 del Código Civil), y la interpretación como una regla que no era inaplicable por inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional<sup>52</sup>.

Finalmente, a través del argumento dogmático o de autoridad, podría introducirse teoría jurídica feminista y dogmática feminista en el razonamiento judicial.

### c. Razonamiento probatorio (justificación externa de la premisa fáctica)

El razonamiento probatorio es aquel destinado a justificar externamente la premisa fáctica y abarca consideraciones sobre admisibilidad probatoria, carga de la prueba, valoración y decisión sobre los hechos. La pregunta rectora que se hacen jueces y juezas es ¿cómo conectar la información disponible?

50 Véase, sobre este artículo, Bascuñán 2011. Véase, además, el análisis que se hace de la STC Rol 1683-10, por Casas y González 2012.

51 Al respecto, véase Lathrop 2010.

52 STC Rol 1881-10-INA.

Como se sabe, parte central de los procesos judiciales consiste en adoptar una decisión acerca de si la hipótesis de una de las partes o de los intervinientes se encuentra o no probada, para lo cual existirá actividad probatoria de inclusión de información y pruebas, de valoración de aquellas pruebas y de determinación de si la prueba es suficiente para superar el estándar de prueba respectivo. Y aquello que será “objeto” de prueba o que requiere ser probado serán, precisamente, los enunciados sobre hechos que constituyen una instancia de los hechos genéricos –descritos con menor o mayor precisión– incluidos en el antecedente de la norma jurídica aplicable<sup>53</sup>.

Es importante destacar que las “reglas sustantivas” –por ejemplo, las contenidas en el Código Civil y en el Código Penal– tienen un presupuesto epistemológico evidente, en tanto vinculan casos genéricos o clases de hechos (e.g. cumplimiento forzado más indemnización de perjuicios frente al incumplimiento de una obligación; privación de libertad ante la comisión de una conducta típica) y en tanto otras se ocupan de cómo debe probarse la existencia de una instancia de esa clase de hechos —un caso individual y concreto de incumplimiento de una obligación—; un caso individual y concreto de la respectiva conducta típica. Así, pues, la labor del juez en el curso del proceso consiste en dar o no por probados, a la luz de la prueba disponible, enunciados que se aproximen a cómo sucedieron los hechos concretos alegados, y que constituyen una instancia de la clase de hechos regulados por la norma. Este es un requisito *sine qua non* para que el juez decida aplicar autoritativamente al caso concreto la consecuencia jurídica prevista para aquella clase de hechos.

53 Sobre la distancia entre la noción de “hecho” para el legislador civil y procesal, véase Carbonell 2019.



Por otra parte, las reglas procesales sobre la prueba comparten esta misma dimensión epistémica, ya que regulan cómo se produce el conocimiento sobre hechos que han ocurrido en el pasado dentro de un proceso judicial.

### **i. Concepción racionalista de la prueba**

Como tesis central de la “concepción racionalista de la prueba” se encuentra la afirmación de que la finalidad de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido (Twining 1994, Taruffo 2010, Ferrer 2007), tesis que se articula con una determinada forma de comprender el derecho y el rol del juez en la aplicación del derecho, y que se ha explicado en otras secciones de este Informe.

En un trabajo reciente, Daniela Accatino discute sobre la tradición racionalista de la prueba angloamericana y continental, para identificar las tesis que constituyen su núcleo común. Estas tesis se estructuran en dos niveles: 1) Tesis normativas sobre la prueba y 2) Presupuestos filosóficos. Las tesis normativas de la prueba son dos, y me permito citarlas *in extenso*: “a) la tesis de *la verdad como fin preferente de la prueba jurídica*, que reconoce a la averiguación de la verdad respecto de los hechos del caso prioridad como fin de la actividad probatoria y de la regulación jurídica de la prueba, y b) la tesis, derivada de la anterior, *de la justificación probatoria como caso especial de la justificación epistémica general*, que afirma la debida aplicación a la valoración de la prueba de los criterios de la racionalidad epistémica general, mediante la construcción de inferencias inductivas basadas en generalizaciones empíricas que permiten justificar conclusiones de carácter probabilístico”.

Los presupuestos filosóficos son también dos: “a) la asunción de una noción correspondentista de verdad, que es presupuesta cuando se la identifica como fin de la actividad probatoria y de su regulación jurídica, y b) la distancia en el plano ontológico y epistemológico respecto del escepticismo, pero también de un cognoscitismo ingenuo” (Accatino 2019).

Siguiendo a Gascón (1999), se puede entender por prueba aquellos trámites o actividades que se orientan a acreditar o a determinar la existencia o inexistencia de hechos relevantes para adoptar la decisión fáctica. Este conjunto de operaciones cognitivas destinadas a acreditar o conocer los hechos litigiosos o controvertidos tienen, como ya se dijo, como objetivo epistemológico principal la averiguación de la verdad. En ese sentido, y como también afirma esta autora, la prueba jurídica está sometida a las mismas reglas y esquemas que rigen para otras actividades destinadas a averiguar hechos; dentro del contexto institucionalizado del proceso judicial, sin embargo, se encuentra sometida a restricciones temporales y materiales, pero ello no impide que se puedan alcanzar conclusiones verdaderas o que se aproximen a la verdad.

Así, pueden identificarse como notas definitorias de la prueba en el contexto jurídico las siguientes: 1) el objetivo institucional es la averiguación de la verdad; 2) se determina (normalmente) la ocurrencia de hechos pasados (individuales, irrepetibles); 3) el derecho incluye reglas jurídicas sobre prueba (actividad probatoria, medios de prueba, resultado probatorio); 4) la toma de decisiones sobre la prueba en el proceso sometida a limitaciones temporales; 5) las partes intervienen en el proceso, delimitan su objeto, proponen y practican prueba; 6) la justificación de la de-

cisión es relativa a un conjunto determinado de elementos de juicio, producidos en el proceso; 7) la decisión que se adopte está dotada de autoridad (produce efectos jurídicos) (Ferrer 2007: 29 ss.).

Frente a la pregunta ¿qué se prueba?, Ferrer (2002) precisa que aquello que los procesalistas denominan “objeto de la prueba” son “enunciados sobre hechos”. Es decir, enunciados que describen hechos y, en tanto tales, son susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos. Es importante destacar que el enunciado final (*probandum final*) que constituye la premisa fáctica puede tener las siguientes tres formulaciones: “está probado que p”; “no está probado que p”; “está probado que no p” (Ferrer 2002: 19 ss.). Que adopte la forma “está probado que p” permite diferenciarlo del enunciado “es verdad que p”, para dar cuenta de que no es posible afirmar la premisa fáctica, en tanto conclusión del razonamiento probatorio, con absoluta certeza (deductiva), sino solo con probabilidad (inductiva). Así, “está probado que p” es un enunciado que da cuenta del resultado de la actividad probatoria desarrollada a favor y/o en contra de la conclusión ‘p’ (en atención a los distintos elementos probatorios o evidencias aportados en el proceso).

## ii. Momentos probatorios

Siguiendo a Ferrer (2007: 41ss.), es útil distinguir tres momentos probatorios: inclusión probatoria, valoración de prueba y decisión sobre la suficiencia probatoria<sup>54</sup>.

### 1. **Inclusión o formación de los elementos de juicio**

La *etapa de inclusión probatoria* es aquella en que, a partir de la aportación de pruebas por las partes, se conforma el conjunto de elementos de juicio con base en los cuales el juez deberá resolver. La pregunta aquí consiste en saber si existen reglas positivas, dentro de la regulación procesal nacional, que se refieran a este momento probatorio.

Muy brevemente, en materia civil existen algunas que versan sobre la oportunidad para ofrecer y rendir pruebas. No obstante, más interesante es preguntarse qué tipo de pruebas pueden incorporarse y si existen reglas que las limiten o excluyan. Y la respuesta sería: 1) los tipos de prueba que pueden rendirse en el proceso civil –a las que el legislador denomina “medios de prueba”– se encuentran enumeradas por el legislador<sup>55</sup>; 2) la resolución que recibe la causa a prueba restringe la prueba que puede rendirse, en tanto fija los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos respecto de los cuales puede aportarse prueba; 3) esta misma regla parece consagrar un criterio de “relevancia”, es decir, las pruebas que se aporten deben estar destinadas a apoyar o refutar las hipótesis fácticas en com-

54 Los párrafos que siguen reproducen ideas vertidas en Carbonell 2019.

55 Instrumentos, testigos, peritos, confesión, inspección personal del tribunal y “presunciones judiciales”.

petencia en el caso (Larroucau 2017); 4) las reglas que limitan el número de testigos parecen consagrar un criterio, aunque limitado, para excluir pruebas redundantes o sobrea-bundantes; 5) la regla que impide probar con testigos las obligaciones que hayan debido constar por escrito (aquellas de más de dos unidades tributarias) limita el tipo de prueba que puede rendirse respecto de aquellas o, más precisamente, es una regla que prohíbe al juez considerar prueba testimonial para dar por probada la existencia de dichas obligaciones; 6) no existen reglas explícitas que ordenen al juez excluir determinadas pruebas<sup>56</sup>.

Con relación a esto último, se ha discutido acerca de si podría sostenerse que existe una regla de exclusión de prueba ilícita en materia procesal civil<sup>57</sup>. Como he dicho, no hay tal regla explícita, pese a que ha habido intentos bien de construir una regla implícita, a partir de los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, bien de trasladar las reglas procesales penales de exclusión probatoria al proceso civil. En un escenario como éste, y mientras no se identifiquen con claridad reglas de exclusión probatoria, es preferible, como indica Larroucau (2012), maximizar el conocimiento de los hechos a través de la incorporación de toda la información, incluso si esto significa no proteger otros intereses valiosos, como el derecho a la honra y la vida privada, la integridad física y psíquica o información sensible del Estado. Dejar a la discrecionalidad del juez civil la decisión de qué pruebas excluye por infracción de garantías fundamentales, prosigue el argumento, podría conducir a la desnaturalización de la

justicia civil<sup>58</sup>. De producirse un daño o una infracción normativa con ocasión de la producción o uso de prueba en juicio, y de concurrir los requisitos de figuras delictivas civiles o penales, se originaría la responsabilidad, civil o penal, de quien las haya producido o usado (Larroucau 2012: 208ss.).

En materia penal, y como es bien conocido, existe una regla que se titula “Exclusión de pruebas para el juicio oral”, que incluye, como categorías susceptibles de ser excluidas por el juez de garantía las siguientes: 1) pruebas manifiestamente impertinentes; 2) pruebas que tuvieren por objeto acreditar hechos que son públicos y notorios; 3) reducción de número de testigos o documentos cuando se estimare que producirían efectos puramente dilatorios, o cuando versasen hechos y circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que será sometida al conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal; 4) pruebas provenientes de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas; 5) pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales (art.276 CPP).

También resultan relevantes la forma en que puede producirse pruebas a través de las facultades de investigación del Ministerio Público, en particular, entre otras, los artículos 195 (métodos prohibidos) y 196 (prolongación excesiva de la declaración).

56 En materia penal, la regla de exclusión probatoria es el art. 276 CPP. Un análisis sobre la prueba ilícita en materia penal en Hernández 2005.

57 Entre los partidarios en Chile se encuentra Ferrada 2009.

58 La lucha contra la exclusión de prueba forma parte de la tradición racionalista de la prueba, uno de cuyas figuras paradigmáticas es Bentham, y entre los teóricos contemporáneos, Taruffo y Ferrer. Bentham 1825, Taruffo 2008 y 2010 y Ferrer 2007.

## 2. Valoración de la prueba

La *etapa de valoración de la prueba* es aquella en que se aprecia la capacidad de las pruebas para corroborar uno o más enunciados sobre hechos. El valor que se asigna a cada prueba (desde una “aproximación atomista”, Accatino 2014) dependerá del sistema de valoración de la prueba que rija en un ordenamiento determinado. Los dos polos suelen ser el sistema de libre valoración de la prueba y el sistema de prueba legal o tasada.

Existe un relativo acuerdo en sostener que el sistema procesal civil chileno consagra un sistema de prueba legal o tasada. Sin embargo, como bien destaca González Lagier (2018), es difícil encontrar un sistema de libre valoración y de prueba tasada que sea “puro”; es siempre una cuestión de grados. En realidad, se trata de un sistema de prueba tasada en la mayoría de sus reglas, pero incluye otras importantes que dejan un espacio considerable a la valoración del juez. Parte de la dogmática procesal, efectivamente, lo ha tildado de “sistema de prueba legal preferente” (Larroucau 2015: 12ss.). El ejemplo paradigmático de espacios de libertad en la valoración judicial de las pruebas en materia civil es la prueba pericial, que se aprecia en conformidad a la “sana crítica” (art. 425 CPC). No obstante, otras reglas suponen que es el juez quien debe apreciar los criterios prescritos por el legislador y no aplicarlos mecánicamente, como ocurre, por ejemplo, a propósito de la prueba testimonial, cuando debe considerar características tales como la fama, imparcialidad y veracidad para darle valor al testimonio (art. 384 N° 3 CPC). Por otra parte, resulta clave para morigerar la tesis de que nuestro sistema de valoración es estrictamente de prueba tasada, la regla de apreciación comparativa de los medios de prueba. Dicha regla sostiene que,

cuando existen dos o más pruebas contradictorias –lo que seguramente ocurre en un elevado número de casos– y “a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad” (art. 428 CPC). Esta actúa como regla de clausura del sistema, dando claramente al juez libertad para valorar la prueba.

El sistema de valoración en el proceso penal, por su parte, es el de “sana crítica”, entendido como un sistema de libre valoración de la prueba al que se agregarían criterios para limitar la actividad del juez<sup>59</sup>, tales como las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicos (art.297 CPC). Desde una teoría racionalista de la prueba, bien puede considerarse el sistema de sana crítica como equivalente al sistema de libre valoración de la prueba a secas. Ello es así desde el momento en que la libertad de valoración debe respetar, como criterios de racionalidad epistemológica, las reglas de la lógica y las generalizaciones empíricas sean éstas de conocimiento común o científico. Es decir, aunque el legislador no contemple estos criterios de manera explícita, el juez se encuentra igualmente vinculado por ellos. El listado de reglas de la sana crítica que construye González Lagier, formuladas en sentido amplio y entendidas como criterios de solidez de las inferencias probatorias epistemológicas, se traduce en un claro argumento en favor de la identidad entre “libre valoración” y “sana crítica”: se trata, en ambos casos, del mismo sistema para apreciar la fuerza del material probatorio (González Lagier 2018: 6).

59 Sobre “sana crítica”, véase Maturana Baeza (2014) y el libro editado por Benfeld y Larroucau (2018) y Coloma (2012a y 2012b).



Las reglas o los criterios de la sana crítica son directrices o guías para el razonamiento del juez que dotan de contenido, refuerzan y/o sofistican la exigencia de fundamentación de la decisión sobre los hechos, o el deber de justificar la construcción la premisa fáctica (Carbonell 2018).

Las máximas de la experiencia pueden ser entendidas como generalizaciones empíricas que permiten enlazar un enunciado sobre hechos conocidos con otro enunciado sobre hechos desconocidos. Son de usual empleo en el razonamiento común y en el razonamiento jurídico, operando como conexiones en la construcción de inferencias fácticas o cadenas de enunciados (y tomando el lugar de la premisa mayor de la inferencia).

Algo similar ocurre con el conocimiento científico. Entendido como aquel que se obtie-

ne mediante la comprobación empírica de una hipótesis que afirma una regularidad en la naturaleza o una relación causal entre eventos, el conocimiento científico también cumple la función de garantía, conector o enlace en el tránsito de un enunciado fáctico desconocido a otro conocido. Como ha sostenido Coloma, operan como regla de distribución del trabajo en la generación del conocimiento, relevando al juez de la responsabilidad sobre la calidad/fiabilidad del conocimiento y radicándola en las comunidades científicas (Coloma 2012).

Desde una perspectiva compatible con la recién mencionada, se sostiene que tanto las máximas de la experiencia como los conocimientos científicamente afianzados satisfacen requerimientos epistémico-culturales, contando, dichas generalizaciones, con legitimación de la comunidad científica o social (sentido común) (Coloma y Agüero 2014).

Por otra parte, el límite entre estos dos criterios no siempre es claro, toda vez que un conocimiento científico que se encuentre en la órbita de experticia de una comunidad científica bien puede, transcurrido cierto tiempo, devenir en un conocimiento general compartido. Desde el punto de vista procesal, la diferencia podría estar dada por la forma en que el conocimiento es dado a conocer al juez, generalmente, a través de peritajes expertos<sup>60</sup>.

Un problema adicional consiste en suponer que estará exento de controversia la identificación del conocimiento de una respectiva disciplina científica cuyo empleo resulta útil dentro de un proceso. Lo relevante será poder hacer visibles, en caso de desacuerdo al interior de una comunidad científica, los criterios que justifican hacer uso de una aproximación al conocimiento respectivo y que descartan aquella en tensión. Similarmente, tratándose de las máximas de la experiencia pareciese ser necesario no anclarlas simplemente en el “sentido común”, y evitar presentar como máximas prejuicios o creencias.

Los principios de la lógica tampoco han recibido una conceptualización uniforme (Laso 2009). Algunos las identifican con los principios de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente. Otros las enuncian –simplemente enuncian– cuales armas arrojadas que pretenden actuar como razones de autoridad incuestionadas que clausuran el debate. Coloma y Agüero indican que tienen por objeto la resolución de

problemas lingüístico-interpretativos (2014). Me parece que, si este criterio de la sana crítica puede contribuir de alguna manera a la tarea de fundamentación de la valoración de la prueba por parte del juez, lo hará bien por la vía de representar la inconsistencia entre enunciados fácticos, bien por vía de que aquel deberá expresar de qué manera la cadena de enunciados que construya es consistente. En vez de consistencia, otros hablarán de coherencia en las narrativas judiciales. Finalmente, también puede resultar útil plantearse que los principios de la lógica permitan controlar la corrección de cada una de las inferencias que conforman el razonamiento probatorio judicial.

Como ya se ha adelantado, para una concepción racionalista de la prueba, el único sistema razonable es la libre valoración de la prueba, es decir, uno en el que el juez sea libre de valorar la prueba con la finalidad de alcanzar o acercarse a la verdad de cómo sucedieron los hechos que se juzgan<sup>61</sup>. Sin embargo, libertad aquí se opone a arbitrariedad. Así, la verdad como finalidad preponderante de la actividad probatoria constituye una restricción a la arbitrariedad judicial. Es decir, la libre valoración rechaza el sistema de “íntima convicción” entendido como aquel en que es suficiente para el juez invocar que está internamente convencido de que se encuentra probada determinada hipótesis y en que no está obligado a exteriorizar las razones que lo han conducido a tal convicción. Por otra parte, anclarse en los criterios generales de racionalidad epistémica significa que no son admisibles cualquier tipo de razones para

60 Sobre prueba científica existe una amplia literatura que discurre sobre el problema de sobrevaloración epistémica y semántica, y sobre problemas vinculados con la regulación (en especial, el nombramiento del perito), uso, práctica y valoración de la prueba pericial, vid., por ejemplo, Gascón 2013; Taruffo 2010; Vázquez, 2015.

61 El sistema de libre convicción estaría fuera de los sistemas de valoración de la prueba “racionales”; no así, en mi opinión, algunos de prueba legal o tasada, cuyas reglas tienen fundamentos epistemológicos. Por

justificar que un enunciado fáctico es verdadero o que se encuentra probado, sino solo aquellas ajustadas a tales criterios.

El ejercicio de valoración de la prueba se plasma en un relato o narración que el juez construye a partir de la prueba rendida, para lo cual posee un margen importante de discrecionalidad, pese a que debe velar por que su relato sea “verdadero” (Taruffo 1992). Desde el punto de vista de su estructura, la valoración de la prueba consiste en una concatenación de inferencias probatorias<sup>62</sup>. Siguiendo a González Lagier (2007), una inferencia probatoria es un razonamiento que conecta la información disponible con la hipótesis fáctica o enunciado sobre hechos a probar, mediante un enlace. En sede judicial, la información disponible, denominada también “elementos de juicio”, “pruebas” o “hechos probatorios”, es aquella que se aporta en el proceso. El enlace es una regla o enunciado general que correlaciona la hipótesis a probar con la información disponible.

---

ejemplo, el hecho de conceder mayor valor a los instrumentos públicos, por haber intervenido en su otorgamiento un funcionario público, no es en ningún sentido una regla exótica o irracional. Expresa, sencillamente, que el funcionario público actúa como ministro de fe, estando su conducta sujeta a las correspondientes sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones que le competen en tal calidad. Por lo demás, podría verse como una especie de presunción de integridad o veracidad de los elementos del instrumento público. Por otra parte, la regla del art. 384 N°1 CPC simplemente expresa lo que podría ser una máxima de la experiencia: si dos testimonios cumplen con determinados requisitos, deben ser tenidos por verdaderos a menos que se presente una prueba en contrario.

62 Se trata de inferencias, la mayoría de las veces, inductivas, aunque también algunas abductivas. Aquí baste traer a colación la manera sencilla en que González Lagier explica las formas lógicas que puede adoptar el razonamiento probatorio: inducción: caso, resultado, regla; deducción: regla, caso, resultado; abducción: resultado, regla, caso.

Es precisamente la distinta naturaleza del enlace, al que llama también garantía<sup>63</sup>, la que permite clasificar a las inferencias probatorias en epistemológicas, normativas e interpretativas, según el enlace sea empírico, normativo o conceptual. En el primer caso, el enlace es una generalización que da cuenta de una regularidad empírica, y que puede formar parte del conocimiento común (“máxima de la experiencia”) o del conocimiento científico. En el segundo caso, el enlace es una “norma”, sea una norma de presunción (legal o jurisprudencial) o una norma que asigne valor tasado a una prueba. En el tercer caso, el enlace es una regla conceptual o una definición (del legislador, de la dogmática o jurisprudencia, o de otro tipo<sup>64</sup>). Estos enlaces presentan la siguiente estructura: “Si se da el hecho p, entonces probablemente se dará el hecho q” (generalización empírica); “Si p, entonces debemos dar por probado q” (norma); “P cuenta como q” (definición).

Ahora bien, no toda construcción de una inferencia probatoria implica una operación de valoración racional, sino que ello solo tiene lugar, estrictamente hablando, tratándose de inferencias probatorias empíricas o epistemológicas (González Lagier 2018). En el resto de los casos, el juez construye inferencias, pero el “valor” del enlace viene predeterminado por el ordenamiento jurídico (bien en forma de

---

63 Esta expresión es del modelo de argumentación Toulmin (“*warrant*” en inglés), y corresponde a uno de los elementos o casilleros funcionales que componen su modelo de argumentación y que permite, precisamente, el tránsito desde los “*data or grounds*” hacia la “*claim*” (Toulmin 1958, tercer ensayo).

64 El ejemplo de González Lagier se refiere al concepto de “causa”, y lo define así: “cuando un hecho es condición necesaria (aunque no sea necesaria y suficiente) de otro, el primero es causa del segundo” (González Lagier 2018).

regla de presunción legal o jurisprudencial), o determinado por la coherencia y fuerza del esquema conceptual en el que aquellas se insertan.

Dado que las inferencias probatorias empíricas tienen prioridad lógica en el razonamiento probatorio<sup>65</sup>, resulta de suma importancia tener claridad sobre sus criterios de corrección o solidez, es decir, acerca del “grado en que las pruebas avalan o corroboran la hipótesis” (González Lagier 2018). Así, prosigue este autor, “desde el punto de vista de la argumentación, las reglas de la sana crítica pueden interpretarse como los criterios de solidez no formales de las inferencias probatorias empíricas”, referidos a las pruebas ofrecidas, a la hipótesis a probar y a las máximas de la experiencia que operan como enlace<sup>66</sup>.

Esta forma normal y prioritaria de razonamiento probatorio epistemológico equivale a lo que el CC y CPC denominan “presunciones judiciales”, siendo ejemplos de los criterios de solidez en que el mismo legislador establece la gravedad, la precisión y la concordancia (arts. 1712 CC y 426 CPC), y que Larroucau reconduce, agudamente, a los criterios de la sana crítica (lógica, ciencia y experiencia) en tanto parámetros externos para controlar el razonamiento probatorio de los jueces (Larroucau 2015: 26 ss).

Así, lo que el legislador y los juristas denominan “presunciones judiciales” (llamadas también “presunciones simples”) no son, estrictamente hablando, ni una regla de presunción ni un medio de prueba, sino que constituyen el modo natural de razonar del juez, que consiste en construir inferencias probatorias epistemológicas. En otras palabras, se trata de la operación que realiza el juez para extraer, a partir de pruebas que permiten dar por probado un enunciado fáctico (en el lenguaje de los juristas, a partir de “hechos conocidos”), conclusiones acerca de la efectividad del hecho desconocido que intenta probarse. La conexión entre ambos enunciados (aquel sobre hechos desconocidos y aquel sobre hechos conocidos) se realiza asumiendo una máxima de la experiencia, sólida en opinión del juez que la invoca, que muestra que esos hechos se encuentran conectados empíricamente. Sería preferible, por tanto, llamar *inferencias probatorias epistemológicas* a las presunciones judiciales.

El mismo autor que hemos venido siguiendo ofrece un cuadro que resume el fundamento, finalidad y fuerza de cada una de las inferencias probatorias:

65 “La inferencia probatoria normativa requiere la prueba del hecho base, si el enlace es una norma de presunción, y la prueba del hecho base se realiza a través de una inferencia probatoria epistemológica”. (González Lagier 2018).

66 Estos criterios se basan en variables tales como número de elementos de juicios, fiabilidad, variedad, suficiencia, pertinencia, probabilidad, simplicidad, coherencia, no refutación. Así, se trata de una valoración de la racionalidad de la inferencia probatoria en su conjunto, no solo de la información disponible o pruebas (González Lagier 2018).



INFERENCIA PROBATORIA	TIPO	FUNDAMENTO	FINALIDAD	FUERZA
Epistémica	Máxima de experiencia	Observación de asociación regular	Aproximarse a la verdad	Solidez del argumento inductivo
Normativa	Regla	Observación de asociación	Aproximarse a la verdad	Carácter normativo del derecho
		Principio o valor relevante	Proteger el principio o valor	
Interpretativa	Concepto o definición	Condiciones formales y materiales de adecuación de los conceptos	Función de los conceptos (ordenar, clasificar, comprender, predecir)	Grado de fundamentación de su adecuación

### 3. Decisión probatoria

La *etapa de decisión probatoria* consiste, como su nombre lo indica, en la adopción, por parte del juez, de una decisión acerca de si se encuentran o no probadas las hipótesis debatidas en el proceso. Concretamente, el juez se pregunta si es posible dar por probada la hipótesis del demandante, o las defensas del demandado que impidan dar por probada la hipótesis del demandante, a partir de la prueba rendida en el proceso. Esta decisión se adopta aplicando la regla de estándar de prueba, es decir, la regla que fija el umbral de prueba necesaria para dar por probada una hipótesis, un relato sobre los hechos, dentro del proceso (Larroucau 2012: 183).

La regla de estándar de prueba tiene por finalidad distribuir los riesgos de una decisión judicial errónea en cuanto a la reconstrucción de los hechos (Accatino 2011: 487). Este riesgo de error en la formulación de la premisa fácti-

ca se distribuye simétrica o asimétricamente por parte del legislador, según si no existen o existen, respectivamente, bienes jurídicos o valores que justifiquen alterar la regla de defecto de distribución simétrica del error (Letelier 2018: 220ss.) Así, un estándar exigente que reduzca al máximo los falsos positivos – condena de inocentes –, como el “más allá de toda duda razonable”, de general aplicación en materia procesal penal, aumenta el riesgo de falsos negativos; un estándar que evita en general el error, como el de prueba preponderante, lo distribuye de manera igualitaria entre las partes (Larroucau 2012: 789).

Pese a que la regulación civil no contiene una regla de estándar de prueba<sup>67</sup>, en los esca-

67 Sería un anacronismo criticarlo por ello. El legislador procesal civil de 1903 no tenía las herramientas conceptuales para formularla. En materia procesal penal, solo a partir del año 2000, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), existe un estándar de prueba, más allá de toda duda razona-

tos años que lleva esta discusión en la dogmática civil nacional, parece haberse asentado que, en *materia civil patrimonial* el estándar de prueba es, o debiese ser, el de prueba preponderante. Ello parece razonable, en la medida que no se pueda justificar la alteración de la regla de defecto de la distribución simétrica del error, alteraciones que debiesen responder a la existencia de una razón para valorar de manera más negativa un falso negativo que un falso positivo<sup>68</sup>.

En materia procesal penal, el estándar vigente es el de “más allá de toda duda razonable” (art.340 CPP). Este es el estándar de prueba más exigente que describe la literatura y que tiene por objeto reducir al máximo los falsos positivos (condena de inocentes) aún a riesgo de aumentar los falsos negativos (absolución de culpables). La idea subyacente es la necesidad de proteger la libertad de los individuos, aunque exista riesgo de que la norma de sanción penal sea ineficaz. Un tal estándar se funda en la idea, atribuida a Blackstone, de que “más vale que diez culpables sean absueltos a que un solo inocente sea condenado”. De forma similar, Bentham sostenía que “*todos los infractores del derecho sean sancionados y que solo ellos lo sean*”<sup>69</sup>.

---

ble (art. 340 CPP). En la teoría y dogmática civil y procesal civil nacional solo se ha comenzado a hablar de “estándar de prueba” recientemente y en los últimos años, de manera muy tímida y escasa, en la jurisprudencia. Fundamental resulta la tesis doctoral de Jorge Larroucau Torres (2010), y su artículo de 2012.

68 Y que podría haberla en otras materias. Así se ha planteado en ciertos asuntos de derecho de familia, tales como causas de violencia intrafamiliar.

69 Una excelente explicación de los orígenes históricos y de los problemas que acarrea la incorporación de este estándar en el Código Procesal Penal puede verse en Accatino 2011. Sobre la posibilidad de un estándar diferenciado para las medidas cautelares penales puede verse Valenzuela 2018.

Siendo la finalidad del estándar de prueba la distribución del riesgo de decisiones judiciales erróneas, éste actúa, además, como guía para la argumentación judicial sobre la prueba, toda vez que el estándar le exige adoptar la decisión sobre la hipótesis fáctica que iguale o supere aquel umbral de suficiencia probatoria. Por otra parte, opera como directriz acerca de la intensidad de la actividad probatoria que las partes deben alcanzar con miras a superar el estándar y a obtener una decisión probatoria favorable.

La aplicación del estándar, es decir, la decisión sobre si se ha superado o no el umbral probatorio exigido, tiene la forma de un enunciado “está probado que p”; “no está probado que p”; “está probado que no p”. Este enunciado, como hemos dicho, configura la premisa fáctica<sup>70</sup>.

Hay tres cuestiones más que parecen relevantes acerca de los estándares de prueba: en primer lugar, la posibilidad de distinguir su aplicación del momento de la valoración probatoria; en segundo lugar, la posibilidad de construir estándares objetivos y, en caso de que no sea posible, la utilidad de emplear un estándar que sea, al menos en parte, subjetivo<sup>71</sup>; en tercer lugar, la fundamentación de sus niveles de exigencia probatoria.

Con respecto a la primera cuestión, y pese a que la literatura sobre teoría de la prueba suele distinguir analíticamente ambos momentos, subsiste la duda sobre si valorar la prueba y decidir sobre la prueba son dos operaciones diversas. La atribución de valor probatorio, como he dicho, depende del tipo de inferen-

---

70 Véase *supra* p.41 y ss.

71 La discusión sobre la necesidad de un estándar objetivo es nutrida. *Vid.*, e.g., Laudan 2005; Gascón 2005; Bayón 2008.

cia que el juez construya. Así, tratándose de las inferencias probatorias normativas, su valor probatorio está determinado autoritativamente (generalmente, por el legislador). Por su parte, el valor probatorio de las inferencias probatorias interpretativas puede venir del legislador (*i.e.* en caso de definición legal), pero también parece admitir un espacio para la valoración del juez cuando el enlace consista en un concepto elaborado por una determinada ciencia o arte, por la dogmática o por la jurisprudencia. En este caso, el juez debería dar razones para validar el uso de aquel concepto –tales como la coherencia de la construcción dogmática–, especialmente en presencia de disputas conceptuales. Finalmente, tratándose de inferencias probatorias epistemológicas, su valor depende de la evaluación de la inferencia a la luz de los criterios de solidez epistemológicos (*i.e.*, reglas de sana crítica en sentido amplio). Valorar en este caso, como expresa González Lagier, consiste en determinar el grado de confirmación de las inferencias probatorias epistemológicas de acuerdo con criterios de solidez epistémicos, y equivale a señalar que existen “razones epistémicas para creer que  $p$ ”.

La decisión probatoria, diversamente, consiste en la afirmación de que la confirmación de la hipótesis  $p$  es o no suficiente para igualar o superar el estándar o umbral de prueba exigido, y equivale a afirmar, cuando se alcanza dicha suficiencia probatorio, que existen “razones prácticas para aceptar que  $p$ ”<sup>72</sup>.

<sup>72</sup> La distinción entre creer y aceptar como una útil para distinguir entre el momento de valoración (a partir de razones epistémicas) y el momento de decisión (por razones prácticas), las toma González Lagier (2018) de Mendonca (1998).

Con respecto a la segunda cuestión, que sigue siendo objeto de debate, González Lagier acierta al sostener que no parece posible formular estándares completamente objetivos, llegando incluso a dudar sobre la compatibilidad del sistema de libre valoración de la prueba con una formulación precisa de estándares de prueba. Un estándar objetivo satisfactorio debería “determinar si el “grado de confirmación” de una hipótesis es suficiente como para aceptarla, y (1) debe hacerlo sin apelar a estados mentales (sino a criterios objetivos), (2) debe ser intencionalmente preciso y (3) debe enfrentarse al problema de que “grado de confirmación” es un concepto gradual (y no cuantificable)”. Sin embargo, concluye, los requisitos (2) y (3) no son completamente “objetivables” o, en otras palabras, hay en ellos un grado de subjetividad ineliminable (González Lagier 2018).

Con respecto a la tercera cuestión, se han sugerido varias razones que permiten justificar la decisión sobre el nivel de exigencia probatoria de un estándar de prueba: 1) “gravedad del error en caso de condena falsa, lo que tiene que ver fundamentalmente con la relativa importancia del bien afectado por la consecuencia jurídica y por el grado de afectación de éste”; 2) “el coste del error de las absoluciones falsas”; 3) “las dificultades probatorias del tipo de casos al que se pretende aplicar”; 4) la consideración de otras reglas que distribuyen el riesgo probatorio, como las de carga de la prueba y las presunciones; 5) el momento del proceso en que “el juzgador deberá tomar decisiones acerca de la suficiencia probatoria: para continuar con la instrucción (y no sobreseer el caso), para abrir juicio oral, para dictar una medida cautelar como la prisión preventiva”, grados que debiesen seguir una línea ascendente en las distintas fases del proceso (Ferrer 2018). Este mismo autor presenta seis

formulaciones de estándares con distintos grados de exigencia de corroboración, y que permiten salvar defectos metodológicos de otras formulaciones<sup>73</sup>.

### iii. Razonamiento probatorio con perspectiva de género

En esta sección se revisarán, a partir del aparato teórico-conceptual recién desplegado, algunas cuestiones sobre perspectiva de género en el razonamiento probatorio. Como punto de partida, podría decirse que el razonamiento probatorio con perspectiva de género es aquel que evita, en cada uno de los momentos probatorios de un proceso, realizar operaciones cognitivas o de valoración que produzcan la discriminación de las mujeres. Ello significa no reproducir estereotipos ni estructuras de dominación en la construcción de la premisa fáctica, al tiempo que exige tener en cuenta los contextos especialmente desfavorables y peligrosos para la mujer. La perspectiva de género cumple, fundamentalmente, funciones heurísticas y epistémicas en el razonamiento probatorio. En las subsecciones que siguen, se hará especial referencia a las mujeres frente al proceso penal<sup>74</sup>.

73 El estándar, sostiene Ferrer 2018, debe emplear criterios cualitativos (y no matemáticos) que le den precisión, junto con “apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio”. Esta última cuestión excluye el empleo de criterios subjetivos y estados mentales o psicológicos del decisor.

74 Algunas de estas cuestiones también se abordan bajo el rótulo “acceso a la justicia para las mujeres”. Sobre este tema, véase *Herramientas para el diseño de programas de acceso a la justicia para las mujeres*, ONU-Mujeres, PNUD, UNODC, ACNUDH, 2018; *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en Me-soamérica*, OEA-CIDH, 2011; *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual*, Díaz, A.M. y Guzmán, D. (coords.), Mesa de seguimiento al Auto 092 de la Corte

## 1. Inclusión de prueba con perspectiva de género

163

La regla de exclusión de prueba obtenida con infracción a los derechos y garantías fundamentales puede jugar un rol importante en la protección de las mujeres contra tratos discriminatorios. Dentro de estas garantías, se encuentran todas aquellas contempladas en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1994 (CEDAW en su sigla en inglés).

Si bien la etapa de investigación no es una que corresponda al tribunal de juicio oral en lo penal, es relevante destacar, para efectos de este informe, que también en la investigación en el proceso penal pueden realizarse acciones tendientes a evitar la discriminación y dar protección a las mujeres. Como botón de muestra, en el análisis que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*<sup>75</sup>, un elemento fundamental que se le reprocha al Estado mexicano es la violación del deber de investigar con la debida diligencia –que incluye que la investigación sea oportuna– y la omisión o falta de exhaustividad en la investigación de los delitos frente a la denuncia de la desaparición de las jóvenes víctimas. Asimismo, es relevante que la producción de prueba no afecte los derechos de las víctimas, se garanticen contextos adecuados para las declaraciones de la víctima, se evite que quien recibe la denuncia reste credibilidad a la víctima mujer o la someta a tratos que producen revictimiza-

Constitucional, anexo reservado, Colombia, 2011.

75 Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Un examen de la obligación de investigar en este caso en Clericó y Novelli 2014: 58-61. Para uno de los tantos análisis del caso, véase Abramovich 2010.

ción. En la misma línea, los informes periciales debiesen resguardar, en la aplicación de una determinada metodología, los derechos de las mujeres que intervienen en un proceso penal, especialmente de víctimas de delitos de violencia contra las mujeres<sup>76</sup>. La violencia de género es una manifestación de la discriminación por razón de género, que expresa costumbres sociales que relegan a las mujeres “a una posición de subordinación y desigualdad, colocándolas, en consecuencia, en una situación de desventaja en comparación con el varón” (Clericó y Novelli 2014: 25).

La perspectiva de género cumple también una función heurística que exige formular hipótesis adecuadas sobre los hechos de la causa, que no produzcan efectos discriminatorios hacia la mujer.

<sup>76</sup> Sobre la violencia contra las mujeres a nivel interamericano, véase Clericó y Novelli 2014. Las principales críticas que las autoras dirigen en contra el tratamiento de la violencia de género son dos: 1) por una parte, y pese a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo tiene como un tema prioritario, la Corte tuvo oportunidades, anteriores al 2006 –donde dictó seis sentencias sobre violencia de género– para desarrollar la perspectiva de género, en los casos *Caballero Delgado y Santana c. Colombia* (sentencia de 8 de diciembre de 1995), *Loayza Tamayo c. Perú* (sentencia de 17 de septiembre de 1997) y *Maritza Urrutia c. Guatemala* (sentencia de 27 de noviembre de 2003); 2) por otra parte, todavía ni la Comisión ni la Corte serían enfáticas en identificar “medidas transformadoras que ataquen los factores que sostienen la violencia de género”.

Cabe recordar que la noción de violencia contra la mujer incluye, tal como prescribe la CEDAW, violencia física, sexual y psicológica, sea que tenga lugar en el ámbito privado o público, perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, a lo que algunos autores agregan la violencia económica y patrimonial (Chinkin 2012).

## 2. Valorar con perspectiva de género

Valorar con perspectiva de género consiste en construir relatos e inferencias probatorias que tengan en cuenta los contextos históricamente desfavorables para las mujeres, evitando el uso de estereotipos de género. Existe un interés creciente en la literatura por la valoración de la prueba en casos de violencia de género, sea tratándose de un tipo particular de delito –por ejemplo, delitos de violencia sexual, delito de violencia intrafamiliar, femicidio– sea desde una perspectiva más general<sup>77</sup>.

A continuación, se hará referencia a la categoría “estereotipos” y al debate teórico que se ha construido en torno a ella.

### 2.1. Generalizaciones y estereotipos

La utilización de las generalizaciones en la práctica jurídica es, a la vez, inevitable e indispensable. Tal como dicen Anderson, Schum y Twining, las generalizaciones son “el pegamento que mantiene nuestros argumentos

<sup>77</sup> Por ejemplo, Rodríguez 2011, Montesinos 2017, Martín 2018, Neboli 2019, Vázquez, 2019. Ramírez 2019 lo afirman con claridad: “la perspectiva de género exige que el relato que realiza la mujer que narra haber sido víctima de actos violentos protagonizados por el hombre se evalúe eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples máximas de experiencia machistas (v.gr.: el estereotipo de «víctima ideal» que, tras sufrir el hecho, lo denuncia inmediatamente, mantiene siempre un relato idéntico de lo acontecido y se aísla socialmente; el estereotipo de mujer sexualmente disponible para cualquier hombre, inducido de datos con pretendido valor indiciario tales como su vestimenta, su estado de embriaguez o el lugar y hora de la noche en la que se le encuentra y, frente a él, el de la mujer decente; o los estereotipos de la buena esposa o buena madre)”.

unidos” (2015:139)<sup>78</sup>. Se basan en un “stock de conocimiento” determinado, que es compartido por una cultura espaciotemporalmente delimitada. Según estos mismos autores, las generalizaciones puede analizarse desde distintos ejes: a) generalidad: en un extremo se ubican las generalizaciones más abstractas y generales y en el otro las generalizaciones que han sido hechas para el contexto o caso específico al que son aplicadas; b) confiabilidad: en un extremo están las leyes científicas, en el medio, las creencias comúnmente afirmadas, pero no probadas e improbables, y en el otro extremo los prejuicios y sesgos fuertemente arraigados; eso es, se trata de un eje que se funda en el respaldo que poseen las generalizaciones: científicas o no científicas; con o sin base empírica; c) fuente: en un extremo se sitúan aquellas generalizaciones basadas en la experiencia personal y en el otro, aquellas basadas en conocimiento adquirido de generalizaciones “sintético/intuitivas” (Anderson, Schum y Twining 2015: 141-142).

Las generalizaciones basadas únicamente en “*el sentido común*” o en “*el conjunto de conocimientos de la sociedad*” deben ser tratadas con precaución. Un ejemplo típico de generalización son las máximas de la experiencia, que son enunciados que dan cuenta de una regularidad empírica, obtenidos mediante inducción.

En el mismo sentido, Schauer sostiene que generalizar, entendida como la acción de agrupar y organizar el mundo en categorías, es parte de la vida misma, de las convenciones que subyacen a la comunicación cotidiana y una característica del lenguaje, que se estructura en torno a términos generales. La generaliza-

ción, en tanto operación que aísla características relevantes para ser incluidas en un tipo o clase, es una decisión, una elección, un proceso selectivo contingente para promover o alcanzar un determinado objetivo.

Estereotipos, prejuicios y sesgos son tipos de generalizaciones basadas en procesos de categorización social. La categorización social es un mecanismo que encuadra o califica a las personas y que permite anticipar comportamientos, empleándose, algunas veces, para ahorrar esfuerzos comunicativos y proporcionar información sobre el mundo. El uso de estas categorías, como dice Arena, puede resultar sospechoso o problemático, por ejemplo, generando actitudes o resultados discriminadores hacia las personas que se incluyen en una determinada categoría. De acuerdo con los pares de variables explícito (consciente) e implícito (inconsciente), y aproximación cognitiva (atribución de propiedad o rol) y actitudinal (asunción de una actitud), Arena propone distinguir entre prejuicios, sesgos y estereotipos.

Los prejuicios son un tipo de categorización social explícita (consciente) y problemática, que consisten en asumir una valoración negativa de miembros de un determinado grupo (reacción actitudinal). O como dice Schauer (2003), son “creencias infundadas respecto a una persona, normalmente basadas en generalizaciones estadísticamente febles”, como, por ejemplo, el género, raza, religión, etnia o profesiones.

Los sesgos son un tipo de categorización social implícita (inconsciente) y también problemática. Una distinción gruesa es aquella entre sesgos cognitivos y sesgos actitudinales. Los sesgos cognitivos consisten en la atribución inadvertida de una propiedad o rol a

<sup>78</sup> Un análisis más detallado sobre las generalizaciones se encuentra en el Capítulo 10 de esta misma obra.

una persona por el solo hecho de pertenecer a un grupo. Si bien prejuicios y sesgos pueden incidir tanto en la interpretación de los textos normativos como en el razonamiento probatorio, presentan dificultades en su identificación y atribución a sujetos determinados. Tratándose de los sesgos y dado que los estudios de la neurociencia no han arribado a datos concluyentes sobre cómo funcionan y cómo pueden evitarse<sup>79</sup> -sino solo a identifi-

79 La pregunta relevante con relación a los sesgos cognitivos y a los prejuicios es determinar si existen fórmulas institucionales que permitan evitarlos o, más realistamente, reducirlos. La literatura sobre sesgos de racionalidad es vasta y se ha vuelto muy popular en las últimas décadas. En el ámbito jurídico, se suele asociar a las críticas que, desde el movimiento llamado “behavioural economics”, se erigieron frente a la teoría de la elección racional impulsada por el Análisis Económico del Derecho (AED). En específico, critican el presupuesto, central para el AED, según el cual los seres humanos actúan de acuerdo con una racionalidad económica que los lleva a tomar decisiones correctas, producto de un balance coste-beneficio que maximizan su bienestar individual. Aquella racionalidad del *homo economicus* como presupuesto teórico dista, argumentan los *behavioralists*, de lo que ocurre en la práctica, en la que se comprueba que estamos afectados a distintos sesgos cognitivos y heurísticos que nos hacen tomar malas decisiones (desde el punto de vista de la racionalidad económica). Ello es especialmente sensible tratándose de lo que Kahnemann llama “sistema 1”, sistema cognitivo de carácter “automático” que poblaría nuestro cerebro junto con el “sistema 2”, deliberativo y reflexivo (lento, seriado, controlado, flexible, gobernado por reglas). El sistema 1 piensa rápido, es intuitivo y emocional (sin esfuerzo, asociativo), y eso hace que sea más sensible a ser víctima de engaños. De aquí surgen corrientes que podrían denominarse “análisis conductual del derecho” o *behavioral law*.

car una gran cantidad de sesgos cognitivos o de racionalidad tales como el de confirmación, de perspectiva, representatividad, accesibilidad, anclaje, *path dependence*- en lo que sigue las referencias se circunscribirán a los estereotipos, ya que de ellos puede y suele quedar rasgo en el texto de la sentencia.

Siguiendo la definición de Cook y Cusack, “un estereotipo es una visión generalizada o una preconcepción de atributos o características que poseen, o roles que son o debiesen ser realizados por los miembros de un grupo particular (e.g., mujeres, lesbianas, adolescentes)”. De acuerdo con esta forma de entender los estereotipos, no es relevante si los atributos o características son o no comunes a los miembros del grupo, sino que es el estereotipo el que presupone que todos los miembros de cierto grupo poseen aquellas características o atributos (e.g. “los adolescentes son irresponsables”, “los viejos son sabios”, “las mujeres son pasivas sexualmente”, “las mujeres son más débiles que los hombres”, “las mujeres son emocionales”, “los hombres son racionales”, “los homosexuales son promiscuos y egoístas”, “el terrorista islámico”, “el narcotraficante colombiano”, “el policía corrupto”) o desempeñan un determinado rol (e.g. “las mujeres son cuidadoras”, “los hombres son proveedores”)<sup>80</sup> (Cook y Cusack 2010: 9).

Partiendo de una definición similar a ésta, Arena los define como un tipo de categoriza-

80 Otros sesgos que describe la literatura son: “los asiáticos son buenos en matemáticas”, “las personas de color saben bailar”, “las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar son poco creíbles”, “las mujeres son más aptas para las labores hogareñas” (son ordenadas); “los hombres con cabeza rapada y ropa ancha tienen tendencia a delinquir”. Como se puede apreciar, no todos asocian características negativas al grupo.

ción social explícita (consciente) y problemática, toda vez que puede producir perjuicios en las personas que se incluyen en dicha categoría. Desde el punto de vista de su estructura, los estereotipos son enunciados que asocian a una categoría o grupo de personas, identificadas con un rasgo X, un rasgo Y, por el solo hecho de pertenecer a dicha categoría o grupo (reacción cognitiva). En otras palabras, se atribuye una propiedad Y a todos los miembros de una categoría, en tanto que pertenece a esa categoría por poseer una propiedad X.

Arena distingue entre dos grupos de estereotipos: estereotipos descriptivos y estereotipos normativos (Arena 2016). Los *estereotipos normativos* son aquellos que se usan “con la pretensión de definir y constituir los roles que los miembros de un grupo deben asumir”. La estructura del estereotipo normativo es un enunciado que atribuye un rol o tarea X a un sujeto que tiene la propiedad Y.

Los *estereotipos descriptivos* son aquellos que se usan “con la pretensión de proporcionar información sobre las características de un grupo y/o de uno de sus miembros”. La estructura del estereotipo descriptivo es un enunciado que afirma la correlación entre las propiedades X e Y. Esta clase de estereotipos puede tener base estadística, o no tener base estadística. Los que tienen base estadística, es decir, que cuentan con respaldo epistémico, pueden cumplir una función cognitiva, es decir, “pueden proporcionar conocimiento acerca del mundo” y, por tanto, “bajo ciertas condiciones está justificado tomar decisiones normativas basadas en ellos, incluso si se trata de categorías sospechosas. Estas condiciones son: (i) apoyo científico del estereotipo (base estadística); (ii) razones poderosas (e.g. interés superior del niño)”, razones estas últimas que, por ejemplo, justifiquen un trato

diferenciado (Arena 2018: 7). Como resulta inevitable respecto de toda generalización, tratándose de estereotipos descriptivos con base estadística, “habrá, por un lado, miembros del grupo que no poseen la característica y, por otro lado, habrá individuos que no son miembros del grupo y que, sin embargo, poseen la característica”, es decir, siguiendo la terminología de Schauer, siempre habrá problemas de sobre e infra inclusión (Arena 2018).

Los estereotipos descriptivos que no tienen base estadística son aquellos que atribuyen una característica a los miembros de un grupo que aquellos no poseen, lo que constituye “una falsa representación del grupo”, toda vez que la posesión o no de aquella característica no depende de la pertenencia a dicho grupo.

La clasificación propuesta, argumenta este autor, permite identificar lo que denomina *criterios de relevancia*, que son aquellos “que los jueces deberían usar para determinar cuándo una práctica social o una norma jurídica están basadas en un estereotipo, y para establecer el tipo de perjuicio que el uso del estereotipo puede producir o evitar” (Arena 2018). Estos criterios varían dependiendo de si se trata de un estereotipo descriptivo o uno normativo. En el primer caso, “el criterio de relevancia es la afectación o no al principio de igualdad y ello depende de que el estereotipo posea importe cognitivo y de que no afecte los derechos de un grupo vulnerable”. Es decir, aún poseyendo base estadística, si se limitan derechos de grupos vulnerables no puede utilizarse aquella generalización y debe analizarse el caso individual en sus propios términos. En el segundo caso, “el criterio de relevancia es la afectación o no de la autonomía personal. Dado que los estereotipos normativos desempeñan un papel fundamental en



la construcción de identidades, es necesario distinguir entre aquellos opresivos [externos] y aquellos aceptados por quienes los aceptan para construir su identidad [internos]”.

## 2.2. Estereotipos de género

Mujer honesta, mujer mendaz, mujer instrumental, mujer co-responsable, mujer fabuladora, buena madre, buena esposa, buena mujer, madre desnaturalizada, mujeres de vida licenciosa, son algunos de los estereotipos que se encuentran aún enraizados en algunos contextos sociales y culturales y que, algunas veces, permean en los procesos judiciales. En el mismo registro se encuentran las ideas de “delitos pasionales”, “teoría del débito conyugal” para negar la posibilidad de violación dentro del matrimonio, la naturalización del hombre como jefe de familia —como consta de varias normas del Código Civil—, la criminalización de la sodomía cuando involucra un menor de edad.

La CIDH ha definido los estereotipos de género como “una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutadas por hombres y mujeres respectivamente”<sup>81</sup>.

Otro buen punto de partida es la conceptualización que ofrecen Cook y Cusack: “los estereotipos de género se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres, dadas sus diferencias en funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Más ampliamente, pueden pensarse como “las convenciones que garantizan la práctica social del género”. En otras palabras, “estereotipos de género” es una categoría que agrupa un “con-

junto estructurado de creencias acerca de atributos personales de hombres y mujeres”. Éstos se caracterizan por ser generalizados a través de culturas y sectores sociales y persistentes, es decir, sostenidos en el tiempo. Los estereotipos de género no siempre son problemáticos, sino que se transforman en tales cuando se usan como una forma de discriminación, esto es, cuando “operan para ignorar las características, habilidades, necesidades, deseos y circunstancias del individuo, en formas que le niegan sus derechos humanos y libertades fundamentales y cuando crean jerarquías de género” (Cook y Cusack 2010: 20).

Estas mismas autoras proporcionan una clasificación de los estereotipos de géneros: de sexo, sexuales, de roles sexuales y compuestos. Los estereotipos de sexo son aquellos centrados en los atributos y diferencias físicas y biológicas existentes entre hombres y mujeres (e.g. los hombres son más fuerte físicamente que las mujeres; las mujeres tienen limitaciones para realizar ciertos trabajos). Los estereotipos sexuales se basan en características o cualidades sexuales que son, o deberían ser, poseídos por hombres y mujeres respectivamente, así como aquellos referidos a la interacción sexual entre ambos (e.g. la sexualidad de las mujeres está vinculada a la procreación; prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo). Los estereotipos sobre los roles sexuales se fundan en los papeles o el comportamiento que son atribuidos y esperados de hombres y mujeres a partir de construcciones culturales o sociales (e.g. en la familia, los hombres deben ser los proveedores primarios y las mujeres quienes cuiden de los hijos y realicen las labores domésticas). Los estereotipos compuestos son aquellos en que interactúan dos o más estereotipos de género, en tanto atribuyen características y roles a diferentes subgrupos de mujeres (e.g. las muje-

81 Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México.

res solteras y lesbianas no son buenas madres y, por tanto, les está prohibido adoptar).

Ahora bien, ¿cómo detectar la presencia de estereotipos de género? Una propuesta es hacerlo a través de las siguientes preguntas: a) “¿se está negando un beneficio a las mujeres en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?”; b) “¿se le está imponiendo una carga a las mujeres en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?”; c) “¿se degrada a las mujeres, se les minimiza su dignidad o se las marginaliza de alguna manera en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?” (Cook y Cusack 2010).

Como metodología de trabajo, y en un sentido similar, Timmer (2013), propone el siguiente recorrido para evitar y erradicar el uso de estereotipos de género: a) identificar estereotipos, b) enunciarlos, nombrarlos y desmantelarlos, c) evaluarlos como formas de discriminación y excluirlos como argumentos (Clericó 2017).

Así pues, se ha señalado que “[l]a perspectiva de género desempeña una función epistémica al ofrecer una herramienta que permite al juzgador identificar y visibilizar los estereotipos de género que se presentan en el razonamiento probatorio bajo el ropaje de pretendidas máximas de experiencia. La perspectiva de género permitiría así desactivar máximas de experiencia espurias y estereotipadas, sustituyéndolas por criterios cognoscitivos adecuados con los que el juzgador pueda realizar inferencias probatorias y valorar las pruebas sin prejuicios ni estereotipos de género” (Gama 2019, refiriéndose a la tesis de Ramírez Ortiz 2019). No debe olvidarse que la oposición al uso de estereotipos de género es un aspecto central del feminismo liberal (Elvin 2010: 279).

Junto con esta función epistémica, desde la perspectiva de género es posible construir inferencias interpretativas o conceptuales que hagan uso del marco teórico trazado por las tesis feministas y que eviten, así, la discriminación de la mujer. Como indica Gama, “la concepción racional de la prueba es en buena medida convergente con lo que se plantea desde las perspectivas de género feministas sobre la prueba” pese a que cumple la función de mantener “abierta la crítica ahí donde la concepción racional de la prueba parece insistir en la pretensión de neutralidad y objetividad de los métodos y presupuestos de la concepción racional de la prueba” (Nicolson 2000).



### 2.3. Valoración de la prueba en casos de violencia contra la mujer

En los casos de violencia de género, como argumenta Di Corleto, las “conductas [son] cometidas en espacios con fuertes esquemas de dominación, en los que hay menos posibilidades de control, donde predomina el silencio y el miedo, y por ende, donde no hay personas que puedan actuar como testigos. Todo ello justifica que la fuente de comprobación del delito se remita *primordialmente* a la declaración de la víctima”<sup>82</sup> (Di Corleto 2015).

Como se sabe, los procesos judiciales por delitos de violencia contra las mujeres generan problemas probatorios en tanto que no se cuenta con prueba o se cuenta con escasa prueba, a más del testimonio de la víctima. La discusión se plantea en sede penal, específicamente respecto de cómo valorar esa evidencia y de su suficiencia para dar por probado los hechos que constituyen el tipo penal. Sobre esta última cuestión, volveré en el siguiente apartado.

Los delitos de violencia contra las mujeres se cometen generalmente en espacios privados, a veces intrafamiliares, van acompañados de amenazas y abusos de poder, y respecto de los cuales no existe una cultura policial o investigativa que tenga en cuenta el especial contexto en que se producen y las dificultades que tiene para la víctima relatar los hechos constitutivos de estos delitos. En este sentido, son múltiples las voces y estudios que advierten que deben incorporarse al proceso judicial medidas que impidan la revictimización (i.e. Di Corleto 2015).

Di Corleto plantea que la valoración del testimonio de la víctima de violencia de género debe guiarse por determinados criterios: 1) debe tenerse en cuenta que las situaciones jurídicas de la víctima y del imputado son diversas, y que los testimonios de ambos no deben tener, necesariamente, el mismo valor; 2) la declaración de la víctima debe evaluarse por su coherencia interna; 3) el análisis de la declaración de la víctima debe tener en cuenta si existió una relación asimétrica de poder con su agresor<sup>83</sup>; 4) los jueces deben despojarse de prejuicios o estereotipos de género.

Con relación a la noción de credibilidad o fiabilidad, una pregunta que se entrelaza también con el respeto o vulneración a la presunción de inocencia consiste en que, a priori, no sería posible simplemente creer más a los dichos de la víctima que a los del victimario.

A partir del contundente estudio de Ramírez, Arena (2019) introduce dos distinciones relevantes. Primero, distingue entre testimonio único de la víctima, corroborado por prueba adicional, y evidencia única<sup>84</sup>. Segundo, propone entender la perspectiva de género de dos maneras diferentes: 1) como una exigencia normativa (contraepistémica); 2) como una exigencia epistémica. En el primer sentido, se privilegian fines distintos a la búsqueda de la

83 Sobre el tercer criterio, señala esta autora que “la declaración de la víctima debe analizarse teniendo en cuenta si entre ella y su agresor existe o existió una relación asimétrica de poder, para lo cual también será imprescindible considerar cualquier variable de vulnerabilidad que afecte su expresión en el juicio”.

84 “Es decir, si el cuadro probatorio está conformado por un testimonio único de la víctima más prueba que permita la corroboración débil o si el cuadro probatorio está conformado únicamente por un testimonio (y, por lo tanto, no corroborado por otro elemento de prueba y, a lo sumo, acompañado de pruebas de credibilidad)” (Arena 2019).

verdad, como, por ejemplo, “cambiar la historia de discriminación en perjuicio de las mujeres”, aún a riesgo de un aumento de condena de inocentes, a través de la consideración “como verdadera de la creencia fundada en el testimonio único de la víctima”. Esta perspectiva va de la mano con la idea de una rebaja del estándar de prueba penal, más allá de toda duda razonable, en delitos con grandes dificultades probatorias como lo son los delitos sexuales perpetrados en contra de mujeres en el ámbito privado o familiar.

En el segundo caso, no se sacrifica el fin preferente de la prueba, i.e. la búsqueda de la verdad, sino que se “propone una modificación de las condiciones para dar por superado el estándar” y no una modificación del estándar”, refiriéndose dichas condiciones al contexto de los delitos de violencia de género, a la experiencia de discriminación histórica de las mujeres, a las dificultades probatorias. Son estas condiciones especiales bajo las que permiten descartar la duda razonable “cuando contamos con el testimonio de la víctima”. Agrega Arena que “no son infrecuentes los casos en que basta con el testimonio de una única persona para considerar como verdadera una creencia: la palabra de un único oficial de policía, o la palabra del secretario de juzgado”.

Así las cosas, si se asume una postura epistémica de la perspectiva de género, la cuestión está en si el testimonio de la víctima es o no prueba única y en qué factores deben tenerse en cuenta para valorarla.

### 3. Decidir con perspectiva de género

Para afirmar que, en un determinado caso, está o se da por probada cierta hipótesis, se requiere conocer el estándar de prueba. En materia procesal penal, la única norma que hace

referencia a este estándar es el artículo 340, que indica que la sentencia condenatoria requiere que el Tribunal haya llegado a la convicción, más allá de toda duda razonable, de que se ha cometido el hecho que reviste los caracteres de delito y que en ellos cabe una participación culpable al acusado. Como se indicaba anteriormente, la teoría plantea la posibilidad de que existan estándares de prueba diferenciados para distintas materias o casos, o para distintas decisiones dentro de un proceso.

La pregunta importante aquí consiste en determinar si debiese regir el mismo estándar probatorio en materia penal tratándose de casos en los que haya grandes dificultades probatorias o en los que existan otros bienes jurídicos y/o intereses que deseen protegerse, aún arriesgando la condena de inocentes, como lo es el caso de los delitos de violencia contra mujeres y, específicamente, en los delitos de violencia sexual. En este punto, las posiciones son dos: emplear el mismo estándar exigente, más allá de toda duda razonable; rebajar el estándar, debido a las dificultades probatorias.

Respecto de este punto, sin embargo, se observa una confusión entre los momentos de valoración y decisión probatoria, y que se manifiesta en la siguiente pregunta que varios autores se hacen: ¿es el testimonio único suficiente para condenar?

Esta pregunta es contestada negativamente por Ramírez: “el testimonio único, sea el de la víctima, sea el de un tercero, en sentido estricto (no corroborado) es prueba insuficiente para acreditar la hipótesis acusatoria como paso previo a la condena” (Ramírez 2019: 19). Este autor diría que, aun cuando se cumpla con el triple test que debe aplicarse en estos casos —credibilidad subjetiva de la víctima,

verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación—, el testimonio de la víctima no corroborado no alcanza a satisfacer el estándar de prueba penal. A más de razones epistémicas para dudar de él, como las altas tasas de error de juicios subjetivos de credibilidad, la respuesta afirmativa violaría la presunción de inocencia (como regla de juicio que se destruye cuando se alcanzan los niveles de suficiencia probatoria de la hipótesis acusatoria o de culpabilidad del sujeto imputado).

En su texto, además, distingue entre coherencia interna del testimonio y la corroboración externa de éste para dar cuenta de que la primera propiedad es insuficiente para satisfacer las exigencias de la presunción de inocencia. En sus propias palabras, la “coherencia alude a la perspectiva interna del relato, y toma en consideración la congruencia de la historia, infiriéndose su credibilidad de la «... existencia de una acción central que resulte fácilmente identificable y se encuentre asociada a un contexto que proporcione una explicación aceptable del comportamiento de los sujetos que en ella intervienen». La corroboración, por su parte, considera la fiabilidad del testimonio desde una óptica externa, tomando en cuenta los datos objetivos verificables que le prestan apoyo”<sup>85</sup> (Ramírez 2019: 14).

Esto no quiere decir que, para este autor, el testimonio de la víctima de delitos sexuales no deba considerarse prueba fundamental, sino que ella debe ser corroborada porque no hacerlo significaría una rebaja del estándar

probatorio incompatible con la presunción de inocencia.

La tesis de Ramírez no es pacífica. Cabe recordar que ya Bentham sostenía que habría una disposición a creer en la palabra del testigo: “La disposición a creer es el estado habitual y el no creer constituye un caso de excepción; para negarse a creer hace siempre falta una causa especial”. Así se sostiene actualmente también en el contexto de las teorías pragmáticas del testimonio. En este sentido, la corroboración no sería un requisito necesario. Como sostiene Gama, la “valoración de la prueba testimonial en general y de la declaración de la víctima en particular presenta sin duda espacios de apreciación y de subjetividad por parte del juez, pero de esto no se sigue que haya que prescindir de su declaración o considerarla completamente subjetiva a menos que esté corroborada con un dato externo”.

Finalmente, y a propósito de la confusión antes apuntada entre valoración y decisión probatoria, cabe recordar la diferencia entre ambas operaciones que destaca González Lagier 2018. En la primera, cuando se afirma que un elemento probatorio corrobora, con mayor o menor fuerza, cierta hipótesis, lo que se está diciendo es que existen razones epistémicas para creer en que dicha hipótesis ha ocurrido. En la segunda, cuando se afirma que el estándar de prueba ha sido superado, lo que se está diciendo es que existen razones prácticas para aceptar como probada la hipótesis en cuestión. Esto quiere decir que una única prueba que corrobore cierta hipótesis podría, si es una prueba fuerte y tratándose de un contexto de dificultades probatorias, ser suficiente para que el juez decida darla por probada, incluso sin corroboración y sin necesariamente rebajar el estándar.

85 Y agrega que “si los elementos informativos de contexto que permiten calificar de coherente el relato provienen de la misma fuente de prueba cuya fiabilidad se pretende calibrar, no habría manera de controlar la posible falsedad de dicho relato, por lo que, en puridad, acabaríamos recurriendo a un juicio subjetivo de credibilidad sobre la persona del testigo”.

## Conclusiones

Las teorías sobre el comportamiento judicial, argumentación jurídica y prueba han propuesto algunas herramientas conceptuales y metodológicas que pueden ser útiles para, por una parte, promover la igualdad y no discriminación de las mujeres en los procesos judiciales y reforzar el juzgamiento con perspectiva de género y, por otra, analizar y evaluar sentencias judiciales individualmente consideradas o corpus de sentencias de un mismo o distintos jueces y tribunales. La primera arista, juzgar con perspectiva de género, ya ha sido objeto de un estudio sobre buenas prácticas que propone directrices para incorporar la perspectiva de género en las sentencias judiciales. Así, el estudio finaliza con una matriz para la aplicación del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, matriz en la que destacan, de manera concordante con este informe, los siguientes criterios: 1) analizar y valorar el contexto, especialmente tratándose de posibles escenarios de vulnerabilidad para la mujer; 2) analizar si las partes o personas han sido tradicionalmente discriminadas en razón de “categorías sospechosas”; 3) identificar y excluir estereotipos con resultados discriminatorios<sup>86</sup>.

La segunda arista se refiere al análisis y evaluación *ex post* de sentencias judiciales, agrupadas según determinados criterios — por ejemplo, sentencias dictadas en proceso penales por delitos de femicidio, violencia sexual o violencia intrafamiliar por tribunales de juicio oral en lo penal chilenos durante el periodo que va de 2015 a 2019— con el objeto de visibilizar eventuales tratos discriminatorios hacia la mujer y, de esta manera, poder trabajar en su erradicación.

Dentro de las herramientas conceptuales y metodológicas expuestas, hay algunas que sería interesante incorporar como variables en una matriz de análisis de las sentencias que tenga por objeto detectar discriminaciones hacia la mujer o déficit —tanto en la composición del tribunal como en el razonamiento de los jueces— que profundice la desigualdad entre mujeres y hombres en perjuicio de las primeras. Por supuesto, la selección de las variables a estudiar pasa por el conocimiento y percepción de quienes están en contacto permanente con sentencias judiciales que adolecen de problemas de discriminación por razón de género.

86 Los criterios corresponden a una síntesis propia de aquellos que estimo más relevante y que han aparecido también en este estudio. Véase el *Cuaderno de buenas prácticas...*, cit. n.3, pp.90 y ss.

I. Comportamiento judicial

a. Integración del tribunal

i. Juzgados de garantía: sexo; edad; tiempo en el poder judicial

ii. Tribunales colegiados: número de hombres y número de mujeres, edad, tiempo en el poder judicial, jerarquía, decisión unánime o disidencia, nombre del o de la redactora

b. Materia: penal, civil, familia, laboral (y submaterias)

c. Rol procesal de la mujer: víctima o imputada; demandante o demandada; recurrente de protección/amparo;

d. Sentido de la decisión desde el punto de vista de las mujeres: favorable/desfavorable (incluir distintos tribunales si han procedido recursos)

II. Razonamiento judicial

a. Argumentación jurídica

i. Invocación o aplicación de una norma de contenido sexista o discriminatorio

(1) Existencia o inexistencia de ejercicio interpretativo no discriminatorio (interpretación conforme con el principio de igualdad; invocación de consecuencias discriminatorias o reparadoras; inaplicabilidad por inconstitucionalidad)

ii. Concurrencia de una o más categorías sospechosas (rubros prohibidos de discriminación) en el proceso

(1) Presencia o ausencia de justificación de la necesidad de distinción, exclusión, restricción o preferencia

iii. Empleo de argumentos discriminatorios o con perspectiva de género por intervinientes y partes, consignados en la sentencia, y determinación de si se acogen para fundamentar la decisión final

iv. Tipos de argumentos usados por la sentencia

v. Uso de teoría feminista

vi. Uso de dogmática de autoras

b. Razonamiento probatorio

i. Consideración o no consideración de uno o más contextos de discriminación

ii. Presencia de uno o más estereotipos de género discriminatorios (o con efectos discriminatorios) tanto en la actividad de las partes/intervinientes como del tribunal

(1) Descriptivos

(2) Normativos

iii. Uso de adjetivos que califiquen a la mujer que interviene en el proceso

iv. Alusión a escasez de prueba o dificultades probatorias

v. Valoración que se da al testimonio único (cuestionamiento de la fiabilidad del testimonio de la mujer, elementos para evaluar la coherencia, necesidad de corroboración externa) y relación con el estándar de prueba (y con la presunción de inocencia como regla de juicio)

vi. Invocaciones o presencia de instancias de revictimización durante el proceso judicial

Finalmente, existen al menos tres alternativas para promover la igualdad y no discriminación de la mujer en los procesos judiciales y, especialmente, en las sentencias judiciales:

en primer lugar, la promoción de instancias formativas en distintos niveles con esta finalidad específica, como las que se realizan en la Academia Judicial y las que impulsa la Secretaría de Igualdad de Género y no Discriminación de la Corte Suprema; en segundo lugar, la identificación, difusión y reconocimiento de buenas prácticas en el juzgamiento con perspectiva de género nacionales, extranjeras e internacionales, varias de las cuales ya han sido recogidas por el Cuaderno de buenas prácticas sobre la materia; en tercer lugar, la creación de iniciativas para la reescritura de sentencias deficitarias o vulneradoras de la perspectiva de género, siguiendo como modelo las experiencias comparadas.





## Referencias bibliográficas

- Aarnio, A. (1991), *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* [1987], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Aarnio, A., Alexy, R. y Peczenik, A. (1981), “The Foundation of Legal Reasoning”, *Rechtstheorie*, vol.12, pp.133-158, 257-279, 423-448.
- Abramovich, V. (2010), “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 167-182.
- Accatino, D. (2011), “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXVII, pp.483-511.
- Accatino, D. (2014), “Atomismo y holismo en la decisión probatoria”, *Isonomía*, n.40, pp. 17-59.
- Accatino, D. (2019), “Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?”, manuscrito proporcionado por la autora.
- Alexy, R. (1989), *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* [1978], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1999), “The Special Case Thesis”, *Ratio Juris*, vol.12, n.4, pp.374-384.
- Anderson, T., Schum, D. y Twining, W. (2015), *Análisis de la prueba*, trad. F. Carbonell y C. Agüero (coords.) de la 2.ed. [2005], Madrid, Marcial Pons.
- Arena, F. (2016), “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual”, *Revista de derecho (Valdivia)*, vol.29, n.1, pp.51-75.
- Arena, F. (2018), Estadísticas, estereotipos y grupos desfavorecidos. Algunos límites del apoyo estadístico a los estereotipos, *Anuario de la Facultad de Derecho*, online.
- Arena, F. (2019), “Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género”, *Quaestio facti*, n.1.
- Atienza, M. (2000), “Argumentación jurídica”, E. Garzón Valdés y F. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, pp.231-238.
- Atienza, M. (2003), *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Atienza, M. (2006), *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel.

Atienza, M. (2013), *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.

Atria, F. (2016), *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons.

Austin, J.L. (1975), *How to do things with Words* [1962], Cambridge, Mass., Harvard University Press.

Bascuñán, A. (2011), “La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010)”, *Estudios Públicos* n.124, pp.113-137.

Baer, S., (2013), “The Difference a Justice May Make: Remarks at the Symposium for Justice Ruth Bader Ginsburg”, *Columbia Journal of Gender & Law*, vol.25, n.1, pp. 92-100.

Bankowski, Z. y MacCormick, N. (1991), “Statutory Interpretation in the United Kingdom”, N. MacCormick y R. Summers (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth, pp.364-373.

Barnett. H. (1998), *Introduction to Feminist Jurisprudence*, London, Cavendish Publishing Limited.

Bartlett, K. T. (1990), “Feminist Legal Methods”, *Harvard Law Review*, vol. 103, n. 4, pp. 829-888.

Bayón, J.C. (2008), “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e Diritto*, pp. 15-34.

Benesh, S.; Czarnezki, J. (2009), “The Ideology of Legal Interpretation”, *Washington University Journal of Law and Policy*, vol.29, pp.113-132.

Bentham, J. (1843), *The Works of Jeremy Bentham, vol. 2 (Judicial Procedure, Anarchical Fallacies, Works on Taxation)*, Bowring (ed.), Edinburgh, William Tait.

Berger, L.L., Crawford, B.J., and Stanchi, K.M. (2017), “Using Feminist Theory to Advance Equal Justice under Law”, *Nevada Law Journal*, vol.17, n.3, pp. 539- 548.

Bobbio, N. (1961), “Il positivismo giuridico”, *Rivista di Filosofia*, LII, pp.14-34.

Boyd, C., Epstein, L. y Martin, A. (2010), “Untangling the Causal Effects of Sex on Judging”, *American Journal of Political Science*, vol. 54, n.2, pp. 389-411.

Carbonell, F. (2015), “Sobre la idea de decisión judicial correcta”, *Analisi e diritto*, pp.11-46.

Carbonell, F. (2016), “La argumentación consecuencialista en la aplicación judicial del derecho”, A. Martínez (coord.), *La Constitución como objeto de interpretación*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, pp.1-49.

Carbonell, F. (2017), “Elementos para un modelo de decisión judicial correcta”, *Revista de Estudios de la Justicia* n°27, pp.1-35.

Carbonell, F. (2019), “La irradiación procesal del derecho civil: a propósito de los hechos y de su prueba”, en E. Pereira (ed.), *Fundamentos Filosóficos del Derecho Civil Chileno*, Santiago, Rubicon, pp.587-630.

Carbonell, F., Letelier, R. (2011), “Principios Jurídicos e interpretación democrática del derecho”, Carbonell, F.; Letelier, R.; Coloma, R. (coord.), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Legal Publishing, pp.155-183.

Carrie Menkel-Meadow, Feminist Jurisprudence: Mainstreaming Feminist Legal Theory, *Pacific Law Journal* vol.23, n.3, pp.1493-1542.

Casas, L., González, J.P. (2012), “Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Público UDP*, pp.250-271

Chamallas, M. (1997), “Importing Feminist Theories to Change Tort Law”, *Wisconsin Women’s Law Journal*, vol.11, pp. 389-392.

Chamallas, M. (1999), *Introduction to Feminist Legal Theory*, Gaithersburg, Aspen Law & Business.

Chiassoni, P. (2011), *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons.

Chinkin, C. (2012), “Acceso a la justicia, género y derechos humanos”, en Defensoría General de la Nación, *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, pp. 15-53.

Clericó, L. (2017), “Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos”, REDEA. Derechos en acción, pp.206-241.

Clericó, L. y Novelli, C. (2014), “La violencia contra las mujeres en las producciones de la comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 12, n.1, 2014, pp. 15-70.

Comanducci, P. (1991), *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, 2da. ed., Turín, Giappichelli.

Comanducci, P. (1999), *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, Fontamara.

Cook, R. y Cusack, S. (2010), *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia.

Crawford, B.J., Stanchi, K.M. y Berger, L.L. (2018), “Feminist Judging Matters: How Feminist Theory and Methods Affect the Process of Judgment”, *University of Baltimore Law Review*, 47 (2), pp. 167-197.

Di Corleto (2015), “La valoración de la prueba en casos de violencia de género”, en Plazas, F. y Hazan. F. (eds.), *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Díaz, A.M. y Guzmán, D. (coords.) (2011), *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual, Mesa de seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional, anexo reservado*, Colombia, 2011.

Diciotti, E. (2008), “Controversie interpretative, pretese di correttezza, gisutificazioni”, S. Pagliantini, E. Quadri, D. Sinesio (eds.), *Scritti in onore di Marco Comporti*, Tomo II, Milán, Giuffrè, pp.1103-1134.

Dworkin, R. (1978), “No Right Answer?”, *New York University Law Review*, vol.53, n.1, pp.1-32.

Dworkin, R. (1985), "Is There Really No Right Answer in Hard Cases?", *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, pp.119-145.

Dworkin, R. (1996), "Objectivity and Truth: You'd Better Believe it", *Philosophy and Public Affairs*, vol.25, n.2, pp.87-139.

Dworkin, R. (2002), *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.

Elvin, J. (2010), "The Continuing Use of Problematic Sexual Stereotypes in Judicial Decision-Making", *Feminist Legal Studies*, vol.18, n.3, pp. 275-297.

Epstein, L.; Knight, J. (1998), *The Choices Justices Make*, Washington, DC, CQ Press.

Epstein, L.; Landes, W., Posner, R. (2013), *The Behavior of Federal Judges. A Theoretical and Empirical Analysis of rational choice*, Harvard, Harvard University Press.

Ezquiaga, F. (1987), *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, HAAE / IVAP.

Ezquiaga, F. (1994), "Argumentos interpretativos y el postulado del legislador racional", *Isonomía*, n.1, pp.69-98.

Ferrada, F. (2009), "La prueba ilícita en sede civil", Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Ferrer, J. (2002), *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons.

Ferrer, J. (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

Ferrer, J. (2018), "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea", manuscrito presentado en el Congreso mundial de derecho probatorio, Girona, mayo 2018.

Feteris, E. (2017), *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, 2.ed., Dordrecht, Kluwer.

Fischman, J., Law, D. (2009), "What is Judicial Ideology and how do we measure it?", *Journal of Law & Policy*, vol.29, pp.133-214.

Gama, R. (2019), "Creer a las mujeres. Sobre la conexión entre prueba y perspectiva de género", Ponencia presentada en II Jornadas de Derecho Probatorio, Santiago, agosto de 2019.

García Amado, J. A. (1986), "Del método jurídico a las teorías de la argumentación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. III, pp.151-182.

García Amado, J.A. (1992), "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho", *Anuario de filosofía del derecho*, vol. IX, pp.13-42.

García Amado, J.A. (2004), "El argumento teleológico: las consecuencias y los principios" Zuluaga, R. (ed.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, pp.13-27.

Gascón, M. (1993), *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos.

Gascón, M. (1999), *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

Gascón, M. (2005), “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa*, n.28, pp. 127- 139.

Gascón, M. (2013), “Prueba científica. Un mapa de retos”, en *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, C. Vázquez ed., Madrid, Marcial Pons, pp.181-213.

Gastron, A., Amante, A. y Rodríguez, R. (2013), “Gender Arguments and Gender Perspective in Legal Judgments in Argentina”, U. Schultz y G. Shaw (eds.), *Gender and Judging*, Oñati, Oñati International Series in Law and Society.

González Lagier, D. (2007), “Hechos y conceptos”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.15.

González Lagier, D. (2014), “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, García Amado, J.A.; Bonorino, P. (eds.), *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho. Debates sobre abducción*, Granda, Comares, pp. 85-117.

González Lagier, D. (2018), “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, online.

Guastini, R. (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán, Giuffrè.

Guastini, R. (2011), *Interpretare e Argomentare*, Milán, Giuffrè.

Guzmán, A. (1981), “La función jurisdiccional en las concepciones clásica, moderna y contemporánea”, VVAA., *La función judicial*, Buenos Aires, Depalma, pp.203-222.

Habermas, J. (1989), *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, trad. M. Jiménez, Madrid, Cátedra.

Habermas, J. (1997), “Teorías de la verdad [1973]”, J. A. Nicolás y M<sup>a</sup>. J. Frápolli (eds.), *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Madrid, Tecnos, pp.544-595.

Hare, R.M. (1991), *The Language of Morals [1952]*, Oxford, Clarendon.

Hernández, H. (2005), *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Santiago de Chile, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado.

Hoop, C. (2017), “Buena madre, buena esposa, buena mujer: abstracción y estereotipos en la imputación penal”, di Corleto, J. (comp.), *Género y Justicia Penal*, Buenos Aires, Didot, pp.15-46.

Hunter, R. (2008), “Can Feminist Judges Make a Difference?”, *International Journal of the Legal Profession*, vol.15, pp.7-36.

Hunter, R. (2012), “The power of feminist judgments?”, *Feminist Legal Studies*, vol.20, n.2, pp.135-148.

Hunter, R., McGlynn, C. y Rackley, E. (eds.) (2010), *Feminist Judgments: from theory to practice*, Oxford, Hart.

Koshan, J. (2018), "Impact of the Feminist Judgment Writing Projects: The Case of the Women's Court of Canada", *Oñati Socio-legal Series*, vol.8, n.9, pp.1325-1354.

Landes, W., Posner, R. (2009), "Rational Judicial Behavior: A Statistical Analysis", *Journal of Legal Analysis*, vol.1, n.2, pp.775-831.

Larroucau, J. (2010), "La prueba en el proceso civil: un examen de sus dimensiones epistémica y normativa en la imputación de responsabilidad por culpa". Tesis para optar al grado de doctor en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Larroucau, J. (2012), "Hacia un estándar de prueba civil", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n.3, Universidad Católica, pp.783- 808.

Larroucau, J. (2015), "Sana crítica y presunción judicial", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, vol.83, n.238, pp.7-36.

Larroucau, J. (2017), "Razonamiento hermenéutico y 'hechos sustanciales controvertidos'", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, n.1, pp. 159-183.

Lathrop, F. (2010), "(In) Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil", *Ius et Praxis*, vol.16, n.2, pp. 147-184.

Laudan, L. (2005), "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", *Doxa*, n.28, pp.95-113.

Law, D.; Zaring, D. (2010), "Law versus Ideology: The Supreme Court and the use of legislative history", *William and Mary Law*

*Review*, vol.51, pp.1653-1747.

Leiter, B. (2001), "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered," *Ethics*, vol.111, pp.278-301.

Letelier, R. (2018), "El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 31, n.1, pp.209-229.

MacCormick, N. (1997), *Legal reasoning and legal theory* [1978], 2a. ed., Oxford, Clarendon.

Martín, F. (2018), "Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género", *Revista Ius et Praxis*, vol.24, n.3, pp.19-66.

Mendonca, D. (1998). "Presunciones", *Doxa*, n.21-1, pp. 83-98.

Minar, D. (1961), "Ideology and Political Behavior", *Midwest Journal of Political Science*, vol.5, n.4, pp.317-331.

Minow, M. (1990), *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Londres, Cornell University Press.

Montesinos, A. (2017), "Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género", *Revista de derecho penal y criminología*, vol.17, pp.127-165.

Neboli, M. (2019), "Valoración de un único testimonio en los casos de violencia de género", *Revista pensamiento penal*, online: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47408-valoracion-unico-testimonio-casos-violencia-genero>

Nicolson, D. (2000), "Gender, epistemology and ethics: feminist perspectives on evidence

- theory”, Childs, M. y Ellison, L. (eds.), *Feminist perspectives on evidence*, Londres, Cavendish, pp.13-37.
- OEA-CIDH (2011), Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en Mesoamérica.
- ONU-Mujeres, PNUD, UNODC, ACNUDH (2018), *Herramientas para el diseño de programas de acceso a la justicia para las mujeres*.
- Ostberg, C. L.; Wetstein, M. E.; Ducat, C. R. (2002), “Attitudinal Dimensions of Supreme Court Decision Making in Canada: The Lamer Court, 1991-1995”, *Political Research Quarterly*, vol. 55, n.1 pp. 235-256.
- Pardow, D., Carbonell, F. (2018), “Buscando al juez mediano: estudio sobre a la formación de coaliciones en la tercera sala de la Corte Suprema”, *Revista de Ciencia Política PUC*, vol.38, n.3, pp. 485-505.
- Perelman, Ch. (1964), *De la justicia*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México.
- Perelman, Ch. (1988), *Lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas.
- Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L. (2000), *Tratado de la argumentación. La nueva retórica [1958]*, Madrid, Gredos.
- Peresie, J. (2005), “Female Judges Matter: Gender and Collegial Decisionmaking in the Federal Appellate Courts”, *The Yale Law Journal*, vol.114, n.7, pp. 1759-1790.
- Pound, R. (1911), “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, vol.24, pp.591-619.
- Pound, R. (1947), “The political and social factor in legal interpretation: An Introduction”, *Michigan Law Review*, vol.45, pp.599-604.
- Prieto Sanchís, L. (1992), *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Pritchett, C. H. (1941), “Divisions of Opinion among Justices of the U.S. Supreme Court”, *American Political Science Review*, vol.35, pp.890-898.
- Rackley, E. (2008), “What difference difference makes: Gendered harms and judicial Diversity”, *International Journal of the Legal Profession*, vol. 15, pp.37-56.
- Rackley, E. (2012), “Why Feminist Legal Scholars Should Write Judgments: Reflections on the Feminist Judgments Project in England and Wales”, *Canadian Journal of Women and the Law*, vol.24. n.2, pp.389-413.
- Ramírez, J.L. (2019), “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, n.1, pp.1-46.
- Rhode, D.L. (1991), “Feminist Critical Theories”, en Bartlett, H.T. y Kennedy, R., *Feminist Legal Theory*, Boulder, Westview Press, pp. 333-350.
- Ricoy, R. (2015), “Teorías jurídicas feministas”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Fabra, J. y Núñez, A. (coords.), vol.1, pp.459-499.
- Rodríguez, S. (2011), “La prueba en los supuestos de violencia de género”, *Télos Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. XVIII, n.1-2, pp.231-246.

Ross, A. (2006), *Sobre el derecho y la justicia* [1958], Buenos Aires, Eudeba.

Sarmiento, C. y Walker, E. (2019), *Igualdad, no discriminación y género en el derecho internacional de los derechos humanos*, Informe en Derecho elaborado para la Secretaría de Igualdad de Género y no Discriminación de la Corte Suprema.

Scales, A.C. (1986), "The Emergence of Feminist jurisprudence: An Essay", *The Yale Law Journal*, vol.95, pp.1373-1403.

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

Schlessinger, S.; Nesse, J. (1980), "Justice Harry Blackmun and Empirical Jurisprudence", *American University Law Review*, vol. 29, pp.405-436.

Secretaría de Igualdad de Género y no Discriminación de la Corte Suprema (2019), *Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*, Poder Judicial, Chile.

Segal, J. A.; Spaeth, H. J. (2002), *The Supreme Court and the Attitudinal Model revisited*, New York, Cambridge University Press.

Segal, J., Cover, A. (1989), "Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices", *The American Political Science Review*, vol.83, n.2, pp.557-565.

Sisk, G. (2008), "The Quantitative Moment and the Qualitative Opportunity: Legal Studies of Judicial Decision Making", *Cornell Law Review*, vol.93, pp.873-900.

Sisk, G. C.; Heise, M.; Morriss, A. (1998), "Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning", *New York University Law Review*, vol.73, n.5, pp.1377-1500.

Stanchi, K.M., Berger, L.L. y Crawford, B.J. (eds.) (2016), *Feminist Judgments: Rewritten Opinions of the United States Supreme Court*, Cambridge, Cambridge University Press.

Summers, R. y Taruffo, M. (1991), "Interpretation and Comparative Analysis", N. MacCormick y R. Summers (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth, pp.464-465.

Sunstein, C.; Schkade, D.; Ellman, L.; Sawicki, A. (2006), *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Washington D.C., Brookings Institution Press.

Tarello, G. (1980), *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè.

Taruffo, M. (1992), *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, Giuffrè.

Taruffo, M. (2008), *La prueba*, trad. J. Ferrer, Madrid, Marcial Pons.

Taruffo, M. (2010), *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. D. Accatino, Madrid, Marcial Pons.

Timmer, A. (2013), "From inclusion to transformation: rewriting Konstantin Markin v. Russia", Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights*, Cambridge, CUP, Cambridge.

Toulmin, S. (1953), *An examination of the place of Reason in Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press.



Toulmin, S. (1958), *The Uses of Argument*, Cambridge, Cambridge University Press.

Twining, W. (1994), *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Evanston, Northwestern University Press.

Underwood, B. (1979), "Law and the Crystal Ball: Predicting Behavior with Statistical Inference and Individualized Judgement", *Yale Law Journal*, vol. 88, pp. 1408-1448.

Valenzuela, J. (2018), "Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva", *Política criminal*, vol.13, n.26, pp.836-857.

Van Eemeren, F. y Grootendorst, R. (1992), *Argumentation, Communication and Fallacies. A Pragma-Dialectical Perspective*, Hillsdale, Nueva Jersey, Lawrence Erlbaum Associates.

Vázquez, C. (2015), *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, Marcial Pons.

Vázquez, C. (2019), "Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios", *Doxa*, n.42, pp.193-219.

Vega, L. (2003), *Si de argumentar se trata*, Madrid, Montesinos.

Weiler, M. (1993), "Ideology, Rhetoric and Argument", *Informal Logic*, vol.XV, n.1, pp.15

West, R. y Bowman, D. (2019), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Cheltenham, Elgar.

Wróblewski, J. (1974), "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision"

Wróblewski, J. (1989), *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián, Universidad del País Vasco.

Wróblewski, J. (1992), *The Judicial Application of the Law*, Dordrecht, Kluwer.







Diseño y Producción  
Gráfica Metropolitana  
[contacto@graficametropolitana.cl](mailto:contacto@graficametropolitana.cl)





SECRETARÍA TÉCNICA  
IGUALDAD DE GÉNERO  
NO DISCRIMINACIÓN

