

Discriminación y género en la jurisprudencia de los EE.UU.

Rodrigo Céspedes Proto

PhD candidate
Lancaster University

Resumen: este trabajo analiza el concepto de discriminación y discriminación de género y su relación con el feminismo. Establecido el marco teórico, este artículo estudia las sentencias más relevantes sobre discriminación de género pronunciadas por la Corte Suprema norteamericana.

I. Introducción: EE.UU., tratos diferentes y discriminación

El derecho norteamericano se estructura por una notable conjugación entre una Constitución escrita, leyes federales y estatales y una rica jurisprudencia. Tendemos a ver a los EE.UU. como el país de las libertades y los derechos; sin embargo, éstas y aquéllos no se han obtenido con la sola vigencia de la Constitución. Muchas garantías se han logrado después de una larga lucha judicial y un importante activismo político. Al tratarse de un país donde impera el *case-law*, muchas discusiones filosóficas (el inicio y fin de la vida; las relaciones entre moral y derecho; los límites del poder de las mayorías; el grado de autonomía individual; etc.) se debaten en los tribunales¹ y no exclusivamente en sede política. El resultado es una jurisprudencia fundamentada: cada sentencia expone sus argumentos con crudeza (incluso las "razones de política" en la terminología de Ronald Dworkin: motivaciones de las decisiones judiciales que van más allá de la aplicación del derecho positivo y pretenden prever las consecuencias del fallo más allá del caso concreto).

El derecho a la igualdad y la proscripción de la discriminación ilegítima son principios reconocidos por todas las naciones civilizadas; son consideradas

¹ Para una visión general ver HALL, Kermit L., *American Legal History: Cases and Materials*. Oxford University Press, 1996.

como normas de *ius cogens*². Tratados de derechos humanos³, declaraciones internacionales específicas, constituciones y la legislación (incluyendo Códigos Penales) establecen la igualdad como principio fundamental. Como la discriminación es aún una práctica persistente, instituciones internacionales y nacionales (incluyendo ONG) promueven la igualdad y denuncian las prácticas discriminatorias. Debido a que la discriminación ofende gravemente uno de los más apreciados valores comunes, los ordenamientos jurídicos crean acciones procesales y sanciones en caso de infracción⁴. La igualdad es un claro ejemplo de un valor superior que inspira todo nuestro ordenamiento, con la consecuente prohibición de la discriminación arbitraria. El constituyente es majadero al reiterarlo en aplicación a varios ámbitos⁵. El legislador hace lo mismo estableciendo esta garantía en muchos cuerpos legislativos, no sólo en materia de derecho público. Tal es el caso del ordenamiento laboral. Este valor superior será una especie de pauta a la que se atribuye un contenido evidentemente justo, parte esencial de los cimientos de todo el sistema. Ésta es una constante en el derecho chileno que se reconoce mayormente en el derecho público, siendo una de las bases de nuestra institucionalidad (Art. 1° de la Carta Fundamental). Por ejemplo en el Art. 19 N° 2 de la Constitución, respecto a la igualdad ante la ley y la autoridad pública. El Art. 19 N° 20 de la Carta Fundamental se refiere a la igualdad en la repartición de las cargas públicas; el Art. 19 N° 21, el Art. 98; etc. Asimismo, la progresividad en materia tributaria pretende conseguir mayor igualdad material. Este principio se aplica también en derecho privado, pero con una menor rigurosidad. Por ejemplo, el Art. 55 del Código Civil, que establece igualdad de todas las personas; en materia laboral una reciente reforma amplió la protección contra la discriminación. En efecto, el Código del Trabajo establece en el inc. 3° del Art. 2° que todo acto de discriminación es contrario a los principios de las leyes laborales, señalando posteriormente los factores discriminantes. Igualdad protegida, junto con otros derechos fundamentales, por el procedimiento de tutela laboral (Arts. 485 y ss. del Código del Trabajo)⁶.

² BAYEFISKY, Anne F., "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", *Human Rights Law Journal*, Vol. 11 Nr. 1-2/1990, pp 1-34. También, BIANCHI, Andrea, "Human rights and the magic of jus cogens", *European Journal of International Law* Vol. 19/2008, pp 491-508. También, O'BRIEN, Nick, "Equality and Human Rights: Foundations of a Common Culture?", *The Political Quarterly*, Vol. 79 Nr. 1 January/March/2008, pp 27-35.

³ Arts. 1, 2 y 7 UDHR, Arts. 2.1, 4.1, 24.1, 25 y 26 ICCPR; Arts. 2.2, 7.a.i, 7.c, y 10.3 ICESCR. Para un análisis de la jurisprudencia relevante a nivel internacional y nacional, PALACIOS ZULOAGA, Patricia, *La no discriminación: estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, LOM Ediciones, Santiago, 2006.

⁴ TOBLER, Christa, *Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law: Effective, proportionate and dissuasive national sanctions and remedies, with particular reference to upper limits on compensation to victims of discrimination*, European Commission, Brussels, 2005.

⁵ El Mensaje del Código Procesal Penal señala: (el proyecto) "propondrá sustantivas modificaciones al actual sistema de defensa pública en materia penal, con el propósito de hacer realidad el principio de igualdad ante la ley, que constituye uno de los principios fundamentales que orientan este Proyecto".

⁶ Ver el interesante trabajo de FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, y WALTER DÍAZ, Rodolfo, "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral",

Igualdad significa tratar a las personas de la misma manera si están situadas en circunstancias similares⁷. El legislador crea normas aplicables a la generalidad de las personas, gente promedio. Es por tanto implícito que individuos que se encuentran en situaciones diferentes serán tratados en forma diversa: la sociedad concede a personas desventajadas privilegios legítimos tendientes a compensar esas dificultades que las aquejan, procurando mayor igualdad material. Con ese propósito, el legislador crea reglas excepcionales, sólo aplicables a personas con desventajas (discriminación positiva en algunos casos⁸). Una idea importante es la distinción entre igualdad formal y sustancial⁹. La segunda clase de la igualdad, el Estado tiene un rol activo e interviene para obtener igualdad material y crear, al menos, un estándar mínimo que garantice la igualdad de oportunidades. La intervención estatal se manifiesta normalmente en beneficios y privilegios, algunos en el área de los derechos económico-sociales.

La discriminación consiste en separar a las personas, formando grupos, utilizando algún criterio. Jurídicamente, la idea está ligada a la segregación ilegítima de personas de manera que se rompe el principio de igualdad. En palabras simples, la discriminación ilegítima es el trato desigual sin justificación razonable en contra de un grupo de personas o un individuo porque encajan en una determinada categoría. La noción de discriminación tiene dos características principales: el tratamiento diferenciado y la ausencia de una justificación razonable que excuse el trato diferente. La discriminación es normalmente asociada al prejuicio: las personas tienden a relacionar características individuales o colectivas a particularidades positivas o negativas, asumiendo estereotipos antes de verificar con evidencia real; corrientemente, se etiqueta a las personas en forma prematura, impulsiva y sin base fáctica. Las regulaciones segregatorias eran comunes en el pasado; ahora la discriminación es más bien una práctica asociada a situaciones de concurrencia y competencia entre individuos por "recursos" escasos (en particular los puestos de trabajo). Si algún individuo es preferido o desfavorecido entre un grupo

Revista de Derecho (Valdivia) Vol. 24 N° 2/2011, pp 91-111. También, SILVA IRARRAZAVAL, Luis Alejandro, "Supremacía constitucional y tutela laboral", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 24 N° 1/2011, pp. 31-48.

⁷ Una excelente visión general sobre la material puede encontrarse en BUTLER, Mark, and SUGARMAN, David, *Handbook of European Non Discrimination Law, EU/Council of Europe*, Strasbourg, 2011. También, BAYEFSKY, Anne F., "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", *Human Rights Law Journal* Vol. 11 Nr. 1-2/1990, pp 1-34. Para un análisis teórico, ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp 260-287. A nivel nacional, el magnífico y ameno estudio de CISTERNAS REYES, María Soledad, "El Ordenamiento Jurídico chileno frente al Fenómeno Discriminatorio", *Revista Chilena de Derecho* Vol. 31 N° 3/2004, pp 409-437. Gran parte de la casuística nacional puede encontrarse en los informes anuales de DD.HH. de la Universidad Diego Portales, el Centro de DD.HH. de la Universidad de Chile cuenta con un programa de mujeres y DD.HH.

⁸ O'HARE, Ursula, "Equality and Affirmative Action in International Human Rights Law and its Relevance to the European Union", *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 4/2000, pp 3-45.

⁹ Un análisis sistemático a nivel europeo en O'CONNELL, Rory, "Substantive Equality in the European Court of Human Rights?", *Michigan Law Review First Impressions* Vol. 107/2009, pp 129-133.

porque tiene o adolece de una característica dada, sin justificación racional, estamos en presencia de discriminación ilegítima. Antes de la selección, las personas son *per se* iguales. Después que la selección es realizada, la discriminación ilegítima puede ser detectada identificando el factor que inclinó la preferencia por algún individuo en particular. La aparición de criterios ilegítimos (basados en raza o religión por ejemplo) o justificados (talento, habilidad o conocimiento)¹⁰.

El objetivo de eliminar las discriminaciones ilegítimas es permitir que cada individuo tenga igualdad de oportunidades a acceder a los beneficios que la comunidad les ofrece de manera justa, por ejemplo, en el ingreso a la función pública o el acceso a servicios y beneficios. Las situaciones que podemos imaginar son infinitas: los concursos para puestos públicos o para proveer al Estado de bienes y servicios; funcionarios que conceden beneficios; enfermeras y doctores que aplican TRIAGE; funcionarios o jueces con potestad para sancionar; personas con poder para contratar o despedir trabajadores; en general personas que comparan y seleccionan con discrecionalidad. Estos poderes discrecionales deben ser ejercidos con ciertos límites y siguiendo ciertos principios: imparcialidad, neutralidad, independencia, objetividad, razonabilidad, proporcionalidad, corrección procedimental y, por cierto, los requisitos que establece la ley. Si la selección no cumple con esas exigencias, será ilegítima, porque no se basará en el mérito, las habilidades o el conocimiento de los candidatos. La invocación del interés público o la seguridad nacional como excusa en estos casos será abusiva, caprichosa y arbitraria. Todas las categorías protegidas (raza, por ejemplo), son listas abiertas y varían con tiempo o lugar, evolucionan.

La discriminación puede clasificarse en directa e indirecta¹¹. En el primer caso, la segregación es evidente, y puede ser probada y denunciada. La discriminación indirecta es solapada: la selección parece neutral, pero en los hechos segrega y genera beneficio o perjuicio para personas o grupos que tienen determinadas características¹².

En resumen, el legislador, la Administración o los particulares normalmente establecen condiciones o regulaciones diferentes clasificando y diferenciando

¹⁰ El voto disidente del juez Kotaro Tanaka de la Corte Internacional de Justicia en el fallo *South West Africa case* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa; Second Phase, ICJ Reports 1966, p 6) lo expresa en forma elocuente.

¹¹ Un estudio completo en MORRIS, Andrew J., "On the Normative Foundations of Indirect Discrimination law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice", *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 15 Nr. 2 Summer/1995, pp. 199-228.

¹² A nivel de la Corte Europea de DD.HH., ver *Thlimmenos v. Greece* (2000), sobre testigos de Jehová y servicio militar. Un buen estudio sobre discriminación indirecta en TOBLER, Christa, *Limits and potential of the concept of indirect discrimination*, Luxemburg City, 2008.

a los seres humanos según muchos factores: sexo, edad¹³, raza¹⁴, religión¹⁵, orientación sexual¹⁶, pobreza relativa¹⁷, discapacidad¹⁸, ideología política¹⁹, ori-

¹³ Es normal que se establezca una edad para iniciar la educación primaria obligatoria; para ejercer el derecho a voto; para aspirar a cargos públicos; en la capacidad para celebrar actos jurídicos; para consentir relaciones sexuales; beber alcohol o fumar; capacidad penal y extracontractual; etc. Se ha cuestionado la política de solicitar edad mínima o máxima para ciertos trabajos, algunas veces con éxito. En EE.UU. la Age Discrimination in Employment Act (1967) establece la prohibición de la discriminación en el empleo, tanto en el sector público como privado.

¹⁴ El caso más importante en materia de discriminación racial es Dred Scott v. Sandford (1857). En éste se declara que no todos los hombres son libres, la esclavitud es constitucional y los esclavos son "propiedad". Dejada sin efecto por la Enmienda XIII (1865) después de la Guerra de Secesión; sin embargo, los estados sureños promulgaron regulaciones "para negros" o *black codes*, tendientes a restringir los derechos de los antiguos esclavos. Si bien se eliminó la esclavitud, esto no significó el fin de la discriminación, por lo que se puso en vigor la Enmienda XIV (1870). aun así, los *black codes* (formalmente eliminados por la Civil Right Act de 1866), fueron reemplazados por regulaciones informales y discriminatorias. El proceso ha sido largo y la efectiva integración en toda la nación sólo se logró en los 60. En Chile, el Art. 8° de la Ley Indígena 19.253 castiga como falta la discriminación manifiesta e intencionada de las razas originarias. Ver Centro de Salud y Recreación Günther Mund y Compañía Ltda., RDJ T 90 N° 3/1993, Sec. 1, Corte Suprema. Queja, sobre mujeres filipinas a las que se les prohíbe la entrada a una sauna. Similar, Yoo Lee v. Centro de Salud y Recreación Günther Mund y Cía. Ltda., RDJ T 92 N° 2/1995, Sec. 2. La Corte de Stgo. da lugar a indemnización de perjuicios.

¹⁵ Principalmente objeción de conciencia; sacrificio ritual de animales en contravención a normas sanitarias; uso ceremonial de drogas; festivales religiosos en el área laboral; tratamientos médicos; vestuario; etc. En Chile, "Organización Comunitaria Evangelio y Educación para Chile con Alcalde de San Pedro de la Paz", Corte Suprema, Rol 927/02. Protección acogida por negativa a organizar curso de religión protestante solicitada por numerosos padres. Aguilar Santibáñez v. Alcalde Centro Penitenciario de Punta Arenas, Corte de Punta Arenas, protección rechazada a un preso que se negaba a cortarse el cabello por profesar la religión rastafari. También, Palominos v. Banco-Estado, Corte de Stgo., Rol 4.670/10, protección desechada por asuntos de forma: una cliente intentó cobrar un cheque, y el cajero requirió el retiro del velo islámico para identificarla (confirmada por Corte Suprema). Un excelente comentario de ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira, "Restricciones a porte de velo islámico. Reflexiones sobre la discusión comparada y la incipiente jurisprudencia chilena (Corte de Apelaciones de Santiago)", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 24 N° 2/2011, pp 245-251. En materia administrativa, el dictamen de Contraloría 24.330/06 rechaza la petición de un funcionario de Gendarmería de fe adventista que impugnó un concurso de promoción porque el examen fue fijado un sábado, día sagrado según su credo. Contraloría estimó que el funcionario, al incorporarse a la función pública, se adscribe de manera voluntaria a un régimen jurídico estatutario.

¹⁶ Desde la despenalización de la sodomía mutuamente consentida hasta la aceptación y regulación del matrimonio gay y la adopción por parejas homosexuales. Esta categoría se agrupa bajo la denominación *gay and lesbian rights, same-sex discrimination* o también *Lesbian, gay, bisexual, and transgender (LGBT) rights*. Como los EE.UU. son un estado federal, las regulaciones estatales varían. Desde 1986, la Corte suprema americana ha dictado varios fallos al respecto, primero denegándolos y luego impidiendo su discriminación dentro de los grupos intermedios o "tolerando" algunas conductas (como la despenalización de la sodomía). En Chile, el célebre caso Atala (2003) ya fallado desfavorablemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y Pavez v. Vicario de educación del Obispado de San Bernardo, Corte de San Miguel, Rol 238/07, sobre la idoneidad de una profesora de religión y su orientación sexual.

¹⁷ Los casos que se han discutido son, por ejemplo, la asistencia jurídica gratuita y la educación pública. La educación estatal depende de los municipios y éstos la financian con el impuesto territorial, en consecuencia, los barrios de gente adinerada tienen acceso a una mejor educación pública gratuita.

¹⁸ Sobre todo en materia de adaptación y acceso a servicios como bibliotecas, centros de educación, medios de transporte, servicios públicos, etc. Hay algunos casos en Chile citados por CISTERNAS REYES, María Soledad, "El Ordenamiento Jurídico Chileno frente al Fenómeno Discriminatorio", *Revista Chilena de Derecho* Vol. 31 N° 3/2004, pp 409-437.

¹⁹ La época del McCarthysmo y las investigaciones por actividades "antinorteamericanas", con la consecuente persecución de la izquierda. Ver US v. Brown (1965), donde se impugna la prohibición de miembros del partido comunista que participaban en actividades sindicales. Similares Scales v. US (1961), Aptheker v. Secretary of State (1964) y US v. Robel (1967).

gen nacional²⁰, etc. Gran parte de la discriminación se basa en estas categorías, distribuyendo cargas públicas, derechos y prestaciones de manera desigual, sin tener una razón justificada. Las normas antidiscriminación protegen estas calidades, muchas veces considerándolas como vulnerables. La Corte Suprema Americana establece la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la discriminación (Enmienda XIV, 1870) utilizando esencialmente dos herramientas conceptuales: la base racional y el escrutinio estricto.

1. La base racional (*rational basis test*): según este criterio, para que una medida que distinga entre grupos de personas sea constitucional, debe fundarse en un motivo razonable que justifique la diferencia de trato, atendido el fin que persiga la medida. O sea, si la diferencia establecida por la autoridad pública o los particulares es sensata, atendidos sus objetivos, pasará el examen de constitucionalidad. Por ejemplo, la edad para permitir la venta de alcohol; otorgar permisos de conducir; etc. Representa un nivel mínimo de control; por lo tanto, las regulaciones tienen una favorable "presunción" de constitucionalidad (o sea, *fumus boni iuris*) atendido el factor discriminante. Es aún común en materia de regulación económica²¹.

2. El escrutinio estricto (*strict scrutiny test*), aplicado a clasificaciones "altamente sospechosas" de ser discriminatorias: determinadas clasificaciones, como las motivadas por raza²² o religión, le parecen a la Corte altamente dudosas (presume una intención racista); por lo tanto, el peso de la prueba de la existencia de un interés social involucrado y que la discriminación es necesaria para lograr un objetivo legítimo recae sobre quien la efectúa. Para aprobar un examen de constitucionalidad, el *standard* requerido es mucho más exigente. Normalmente, este interés debe ser apremiante: debe tener una razón poderosa (*compelling state interest* o *compelling governmental interest*) y la discriminación debe afectar al menor número posible de individuos. También se aplica a restricciones a garantías como el derecho a voto, la libertad de movimiento, la privacidad y la libertad de expresión o para estimar legítimos algunos programas de *affirmative action*.

Se ha desarrollado también el "escrutinio intermedio" (llamado *intermediate scrutiny*, *exacting scrutiny*, *heightened scrutiny* o *the strict rationality test*), conectado

²⁰ El caso más conocido de discriminación por origen nacional es *Korematsu v. US* (1944), por la confinación de americanos de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial.

²¹ Expresado claramente en *US v. carolene products* (1938) sobre cuestiones comerciales, insinuando que en otros asuntos el nivel de control debería ser más exigente.

²² Por ejemplo, *Loving v. Virginia* (1968); el Estado de Virginia prohibía el matrimonio interracial. El fin oculto de la norma era "no contaminar la raza blanca", ya que las minorías podrían contraer matrimonio entre sí sin problema. Curiosamente, en casos de discriminación por orientación sexual, la Corte no ha utilizado el mismo criterio: en *lawrence v. texas* (2003), el máximo tribunal no señaló que existía un "derecho" a las relaciones homosexuales; no obstante, declaró inconstitucional la penalización de la sodomía mutuamente consentida. Se aplica desde el caso *Korematsu* (1944) a los asuntos raciales.

con clasificaciones "cuasisospechosas". Los problemas de género son una clara manifestación de este criterio. Para que la Corte apruebe discriminaciones en este sentido, el Estado debe demostrar sólo que hay un interés público "importante". Este criterio se basa en que muchas veces la diferente regulación entre hombres y mujeres se funda en la "protección" de las últimas²³ y no necesariamente en la intención de discriminar como el caso *Reed (1971)*: entonces algunos tratos diferentes serán considerados legítimos y otros discriminación. El género aún no se considera una categoría "altamente sospechosa", pero va en ese camino.

Diferente es el caso de la Corte Europea de DD.HH.²⁴, la Corte Constitucional alemana y española y la Corte Suprema canadiense que aplican el *test* de ponderación descrito por Robert Alexy²⁵. La Corte Europea de DD.HH. (Art. 14 de la Convención y su Protocolo 12) ha definido discriminación como la disparidad de trato entre categoría de personas sin una justificación objetiva y razonable (en el fallo conocido como *The Belgian Linguistic case, 1968*). Esta corte ha trazado una línea entre tratos diferenciados legítimos y discriminación arbitraria. De la misma manera lo ha hecho la Corte Suprema Canadiense en el caso *R v. Oakes (1986)*²⁶. Muy sintéticamente, el recurrente debe probar que el tratamiento diferenciado lo ha perjudicado porque que se ha favorecido ilegítimamente a otra persona o grupo de personas. En segundo lugar, el recurrido no ha podido proveer evidencia que demuestre que el tratamiento diverso es razonable y tiende a obtener un objetivo legítimo. Tercero, la medida debe ser inadecuada para lograr el objetivo; debe existir desproporción entre las consecuencias provocadas por el trato diferenciado y el objetivo esperado.

²³ Una ley del Estado de Oregon limitó el trabajo de las mujeres a diez horas diarias, precisamente para proteger su salud y el bienestar de los hijos. Su legitimidad fue confirmada por la Corte Suprema en *Muller v. Oregon (1908)*, el tribunal alude a la particular constitución física femenina. El lugar de trabajo ha sido un campo de batalla para el feminismo.

²⁴ Al nivel de la Unión Europea, Art. 13 del Tratado de la EU y las directivas 2000/43/CE; 2000/78/CE; 2004/113/CE. Un estudio completo en MEENAN, Helen (Ed.), *Equality law in an enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

²⁵ *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp 66-68; 178-217. También en sus "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", *Ratio Juris* Vol. 16 Nr. 2 June/2003, pp 131-140; "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris* Vol. 16 Nr. 4 December/2003, pp 433-449 y "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law* Vol. 3 Nr. 4/2005, pp 572-581.

²⁶ El fallo dice relación con un caso de tráfico de drogas, la inversión del onus probandi (*Narcotic Control Act, 1961*) y la presunción de inocencia (*Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982*). La Corte Suprema Canadiense falló que desplazar la carga de la prueba al acusado (presumir intención de traficar de la simple posesión de drogas) era injustificada en una sociedad democrática. La corte recalcó que las medidas adoptadas deben estar cuidadosamente diseñadas para obtener el objetivo deseado; la medida debe ser apropiada: debe existir razonable conexión causal entre la medida y el objetivo. La medida no debe ser arbitraria, injusta o basada en motivos irracionales y reales. Las medidas también deben afectar lo menos posible el derecho en cuestión (principio del mínimo daño). Finalmente, la corte destaca que debe existir proporcionalidad entre los efectos de la medida y la restricción del derecho en cuestión. En un caso posterior, la corte señaló que el objetivo a lograr debe ser importante debe ser "suficientemente importante" y no trivial (*Vried v. Alberta, 1998*: en este caso, un profesor fue despedido de una escuela privada religiosa por su orientación sexual; se consideró el despido injustificado porque el empleador no pudo probar un objetivo importante y apremiante).

Finalmente, debe haber un desbalance entre el interés público que se intenta proteger, la importancia del derecho violado y la magnitud de la intervención y el menoscabo del derecho en cuestión²⁷. La Corte Europea de DD.HH ha implícitamente entendido que hay categorías que son *per se* discriminatorias²⁸.

II. Feminismo: Género Y Derecho²⁹⁻³⁰

El feminismo (más o menos radical) ha perseguido obtener la igualdad de derechos; impedir la discriminación fáctica; separar género y rol; tratar de equipar las tradicionales injusticias contra la mujer a través de las *affirmative actions* (discriminación positiva o *reverse discrimination*) y preocuparse de problemas particularmente femeninos como los derechos reproductivos³¹; la violencia intrafamiliar³²;

²⁷ En el caso chileno, la Dirección del Trabajo, en Dictamen 2.856-162 de 30/08/02, ha señalado que los poderes del empleador de controlar a los trabajadores (cámaras de seguridad, registro para evitar robos, etc.), si bien afectan sus derechos, son legítimas si se cumplen ciertas condiciones y tienen su fundamento en la libertad de empresa y en el derecho de propiedad (Arts. 19, N°s 21 y 24 de la Constitución). Además, el medio empleado debe ser apto para obtener el objetivo fin propuesto. El Tribunal Constitucional chileno utiliza el principio del mínimo daño (causa Rol 1.345 de 25/05/2009) al pronunciarse sobre el *solve at repete* como medio para desestimular demandas frívolas. Idéntico principio puede verse reflejado en Fusch y Plath v. Fisco, RDJ T 5/1908, Sec. 2. El mismo criterio puede observarse en los Arts. 444 inc. 1° y, hasta cierto punto, en el Art. 445 (bienes inembargables) del CPC, a propósito del juicio ejecutivo.

²⁸ Ver GREER, Steven, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

²⁹ Para un análisis global de la legislación y su aplicación por los tribunales ver Baines, Beverley y RUBIO-MARIN, Ruth, *Constituting Women: The Gender Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004. Para una visión general de los aspectos teóricos y doctrinarios, MACKLEM, Timothy, *Beyond Comparison: Sex and Discrimination*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

³⁰ Este asunto ha recibido alguna atención en la doctrina nacional. Dentro de esos estudios podemos nombrar VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, "La aplicación del concepto de autopoiesis en los estudios de género: el derecho a autocomponerse del sujeto en referencia a su identidad sexual", *Acta Bioethica* Vol. 12 N° 2/2006, pp 151-164. También Zúñiga Fajuri, Alejandra, Aguilera Bertucci, Daniela y Vásquez Bravo, Andrea, "Lejos del poder. Hacia la implementación de una ley de cuotas en Chile", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 20 N° 2/2007, pp 9-30. A nivel latinoamericano, ver RÍOS TOBAR, Marcela (Ed.) *Mujer y política. El impacto de las cuotas de género en América Latina*, Flacso-Idea internacional, Santiago, 2008. Además, Suazo, Carolina, *Discriminación laboral por razón de sexo*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 1998.

³¹ Desde el derecho al prenatal (curiosamente se discutió si el beneficio era constitucional en California Federal Savings and Loan v. Guerra, 1987), pasando por el acceso a la contracepción (Griswold v. Connecticut, 1965, para parejas casadas y Eisenstadt v. Baird, 1972, para solteros) y al aborto (Roe v. Wade, 1974). Para un análisis general sobre el aborto, ver ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra, "Aborto y derechos humanos", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 24 N° 2/2011, pp 163-177.

³² Una preocupación mundial relativamente reciente, antes fuera de la jurisdicción del Estado y dentro del ámbito de la vida privada. En EE.UU. se dictó la Violence Against Women Act (1994). Sobre el caso español ver LUACES GUTIERREZ, Ana Isabel, "Justicia especializada en violencia de género en España", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 24 N° 2/2001, pp 205-223. A nivel latinoamericano, ver "Informe en caso sobre violencia de género (Comisión Interamericana de Derechos Humanos)" en *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 16/2004, pp 249-276, con comentario de Yanira Zúñiga Añazco. A nivel nacional, SALAZAR VILLARROEL, Deyanira, y VINET REICHHARDT, Eugenia, "Mediación familiar y violencia de pareja", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 24 N° 1/2011, pp 9-30. También, CASAS BECERRA, Lidia, y VARGAS PAVEZ, Macarena, "La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 24 N° 1/2011, pp 133-151. En el campo penal, VILLEGAS DÍAZ, Myrna, "Homicidio de la pareja en violencia Intrafamiliar: mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 23 N° 2/2010, pp 149-174.

la prostitución; el acoso sexual³³; la pornografía³⁴; etc. Históricamente hay dos oleadas del movimiento feminista en los EE.UU. La primera a finales del siglo XIX y principios del XX, tendiente a equiparar el status jurídico entre hombres y mujeres. Ésta se denomina "feminismo liberal" e implica permitir que las mujeres "jueguen" en igualdad de condiciones en un mundo con valores masculinos. La segunda comienza en los 60, busca una igualdad fáctica y la superación de los roles tradicionales de la mujer. Lo interesante es que esta teoría desarrolla una serie de afirmaciones (basadas en investigaciones estadísticas, sociológicas, antropológicas, psicológicas y lingüísticas) sobre las verdaderas diferencias entre géneros. Éste es un feminismo más profundo; no pretende que la mujer "juegue" en igualdad de condiciones con los hombres en un mundo masculino, sino que trata de romper los roles asociados al género o les da carácter público a situaciones que antes estaban en la esfera privada (como la violencia doméstica o la violación dentro del matrimonio)³⁵.

En el campo jurídico, el feminismo (*feminist legal theory* o *feminist jurisprudence*) surge como *critical legal studies* (*fem-crits*) y cuestiona el enfoque de las escuelas tradicionales de pensamiento jurídico (positivismo, *iusnaturalismo*, realismo jurídico, etc.). Esta escuela tiende a analizar y criticar el rol del derecho en la construcción, mantenimiento, reforzamiento y perpetuación del patriarcado

³³ Entre los casos más importantes, *meritor savings bank v. vinson* (1986), *harris v. forklift systems* (1993), *farragher v. city of boca raton* (1998). Va desde la utilización del poder patronal con fines sexuales hasta la creación de un ambiente hostil, incluyendo la responsabilidad del empleador en tolerar y no controlar este tipo de prácticas. En nuestro país, este ilícito fue introducido por la Ley 20.005 de 2005. Un análisis de la ley y la doctrina asociada puede encontrarse en Palavecino Cáceres, Claudio, *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 19 N° 1/2006, pp 105-123. Hemos tenido casos desde 1997, en el ámbito de la función pública y en la empresa privada. Muchos han sido desechados por falta de prueba.

³⁴ Éste es un asunto que normalmente envuelve la moralidad pública y la libertad de expresión. Las feministas han utilizado un nuevo argumento: ese tipo de representaciones genera un modelo cultural que considera a las mujeres como objeto, una forma de discriminación contra la mujer que estimula el acoso y la violencia sexual. Este argumento fue defendido por Andrea Dworkin y Catherine Mackinnon. Minneapolis e Indianapolis adoptaron su punto de vista y en 1983 lo plasmaron en la llamada Dworkin-Mackinnon Bill. Se inició un juicio basado en la censura, la libertad de expresión y sus límites. La ley fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema Americana en *Hudnut v. American Booksellers* (1986). En el debate participaron grandes juristas como las anteriores (artículos reunidos en *The problems of Pornography*, 1995) y su gran contradictor Richard Posner (*Sex and Reason*, 1992). En Chile, utilizando un argumento similar, la Corte de Stgo. señaló que el gobierno no podía imponer la publicidad, favor del uso del preservativo y la prevención del SIDA. Utiliza varios argumentos; destacamos sólo uno. En uno de los comerciales, uno de los protagonistas dice: "cuando se presenta la oportunidad uno no la puede rechazar". Para el tribunal esto constituye "un grave atentado al honor de la mujer, que es utilizada como objeto sexual, exacerban la masculinidad respecto de la pareja y alientan las relaciones promiscuas, con el solo propósito de aconsejar el uso del preservativo entendiendo justificados los medios por el fin perseguido, lo que en el entender de estos jueces está lejos de reflejar el concepto que los jóvenes tienen del sexo y del amor entre ellos"; o sea se degrada a la mujer. *Castillo Díaz v. Corporación de Televisión de la Universidad Católica de Chile y Megavisión*, RDJ T. 94 N° 3/1997, sec. 5, pp 159ss. Corte de Stgo. Protección. Comentada por Edo. Soto Kloss.

³⁵ Ver DAVIS, Margaret, *Asking the Law Question*. Law Book Co., 1994, pp 191-ss.

y cómo éste puede ser socavado y finalmente eliminado³⁶⁻³⁷. Dentro del feminismo tenemos dos escuelas:

a) Feminismo de la igualdad: éste sostiene que hombres y mujeres son iguales o "equivalentes" (*the identity argument* o *asimilation*) y las diferencias son mínimas y accidentales (el sexo no es una característica esencial que marque una diferencia, salvo en la capacidad reproductora); sin embargo, en las sociedades "patriarcales", los hombres dominan la vida de las mujeres. Desde su punto de vista, toda las estructuras de esas sociedades, incluido el sistema jurídico (en especial el derecho de familia³⁸), tienden a "controlar, oprimir y facilitar la explotación de las mujeres por los hombres". Las diferencias no son reales sino aparentes y vienen impuestas; incluso, muchas de las características que se atribuyen a las mujeres no son esencialmente "femeninas". La mayor exponente de esta tendencia es Catherine MacKinnon (*Towards a Feminist Theory of the State*, 1989)³⁹. Su propósito político es la toma de conciencia y la reforma de toda legislación que establezca diferencia en base al sexo y, como consecuencia, lograr igualdad de oportunidades y una estricta "meritocracia". Las *affirmative actions*, para esta escuela, son medidas esencialmente temporales tendientes a equilibrar una situación que al inicio era desigual. Sus raíces son claramente marxistas: no se trata de "lucha de clases", sino de "lucha de géneros"; no se habla de "la explotación del hombre por el hombre", sino de "la mujer por el varón"; existe una "superestructura" que procura, legítima y conserva la dominación y la subordinación.

b) Feminismo de la diferencia: esta segunda escuela encuentra su principal exponente en Carol Gilligan (*In a Different Voice*, 1982) y sostiene que la diferencia sexual es esencial y determina valores y comportamientos distintos, una forma diferente de ver el mundo y de relacionarse⁴⁰. Los varones actúan e interactúan bajo la *ethic of justice*, basada en los derechos y en una justicia

³⁶ Ver MENKEL-MEADOW, Carrie, "Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies and Legal Education or the Fem-Crits Go to Law School", *Journal of Legal Education* Vol 38, N°s 1-3, 1988, p 61.

³⁷ Ver SMITH, Patricia, *Feminist Jurisprudence*. Oxford University Press. 1993. Normalmente el tema es estudiado por la filosofía del derecho.

³⁸ Ver FINEMAN, Martha, "Contract, Marriage and Background Rules", pp. 182 y ss., en *Analyzing law: new essays in legal theory* (B. Bix ed.), Oxford University Press, 1998. Dejamos de lado en este trabajo los asuntos relacionados con el régimen patrimonial del matrimonio.

³⁹ "La fisiología de los hombres define los deportes, sus necesidades definen la cobertura de los seguros de vida y de automóviles, sus biografías socialmente diseñadas definen las expectativas en el lugar de trabajo y los patrones de carreras exitosas, sus perspectivas y preocupaciones definen la calidad del saber, sus experiencias y obsesiones definen el mérito, sus servicios militares definen la ciudadanía, su presencia define a la familia, su incapacidad de llevarse bien los unos con los otros –sus guerras y sus gobiernos– definen la historia, su imagen define a Dios, y sus genitales definen el sexo. Para cada una de sus diferencias con las mujeres, está vigente un tipo de plan de acción afirmativa, lo cual es conocido como la estructura y valores de la sociedad americana". MacKinnon, Catherine, *Feminism Unmodified*, 1987. Otras exponentes son Janet Rifkin, Dana Polan y Lucinda Finley.

⁴⁰ Sobre este punto ver JACKSON, Bernard, *Making sense in law: linguistic, psychological, and semiotic perspectives*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1995, p 316.

abstracta administrada con total igualdad. Las mujeres, en cambio, interactúan sobre la base de la *ethic of care* que pone acento en la responsabilidad, la justicia concreta administrada según el contexto y las circunstancias del caso. Lo anterior proviene de la experiencia de la maternidad como fenómeno netamente femenino. Todo lo expresado no siempre es producto de una cultura opresiva, sino manifestación de la diferencia. Sin embargo, el diagnóstico es similar en cuanto sostiene que los valores masculinos se han impuesto sobre los femeninos.

La Constitución americana es muy escueta y no hay ninguna referencia específica al género. Los términos "ciudadano" o "persona" han sido interpretados por la Corte Suprema americana en forma muy diferente a lo largo del tiempo. En cuanto a la mujer, los tribunales norteamericanos siguieron la tradición de considerarla como un ser humano de segunda clase, incluso después de la Enmienda XIV (1868). La entrada en el mercado laboral generó los primeros problemas, ya que, hasta ese momento, sólo se veía a la mujer en su rol de cónyuge y madre. Veremos la evolución de la jurisprudencia a través de varios casos judiciales representativos. El tema de la discriminación contra la mujer (*gender discrimination, women's rights o sex discrimination*) tiene una larga historia basada en estereotipos culturales y se ha manifestado en su exclusión del mercado laboral, del derecho a voto (no lo tendrían sino hasta 1920, con la Enmienda XIX), los derechos reproductivos, la educación, etc. Desde los 60, la Corte Suprema americana ha comenzado a considerarlo en serio después de una lucha social y política que comenzó a finales del siglo XIX.

III. Jurisprudencia norteamericana relativa a la discriminación de género ⁴¹⁻⁴²

Las clasificaciones basadas en género han sido examinadas por la Corte Suprema tanto a la luz de la base racional como del escrutinio estricto. A continuación, veremos la casuística más relevante en algunos aspectos de discriminación por género en materia de regulaciones estatales y federales; cargas públicas; *affirmative actions*; beneficios de seguridad social y educación. Dentro de cada

⁴¹ La jurisprudencia chilena en materia de discriminación de género es reducida. Hay algunos recursos de protección en materia de salud e Isapres, donde el género es un factor que influye en el precio de los planes; sólo un caso de despido motivado por discriminación de género rechazado por falta de evidencia suficiente, Gaceta Jurídica N° 151/93, pp 107-ss. Corte de Stgo. Protección. En materia administrativa existe un antiguo, visionario y notable pronunciamiento de la Superintendencia de Seguridad Social, que señala que las prohibiciones genéricas de desempeñar una actividad laboral que afectan a las mujeres (por el solo hecho de serlo) constituiría una ilegalidad (sic) por contravenir la Constitución. Dictamen 1.379 de 24/05/1971.

⁴² En cuanto a la casuística de la Corte Europea de DD.HH en cuanto a género y discriminación, puede verse RADACIC, Ivana, "Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *The European Journal of International Law* Vol. 19 N° 4/2008, pp 841-857.

categoría, el orden de los casos será cronológico, para así observar la evolución de los conceptos. Analizaremos la decisión de la Corte, el voto de minoría y el tipo de *standard* utilizado. En cuanto a la estructura, expondremos los hechos; el problema por dilucidar junto con la norma o actuación impugnada; el fallo del máximo tribunal, el voto de minoría y algunos comentarios pertinentes.

A. Regulaciones estatales y federales y discriminación de género

Esta categoría agrupa clasificaciones legales, federales y estatales, de muy diversa índole (la verdad no comparten nada esencial) en el cual el género desempeña un papel fundamental. Analizamos el problema del ejercicio de la profesión legal por la mujer; la regulación de los delitos sexuales; la adquisición de la nacionalidad por *ius sanguinis* y las diferencias entre la filiación paterna y materna y el rol de la mujer en asuntos de administración patrimonial.

1. *Bradwell v. Illinois, 1873 (8-1⁴³): la profesión legal y la mujer*

Myra Bradwell aprueba los exámenes de derecho y la barra de abogados le niega su incorporación por el solo hecho de ser mujer; si bien el estatuto sólo exigía buena conducta y conocimientos adecuados. Los tribunales de Illinois sustentan la misma teoría ("corresponde a los varones crear, aplicar y ejecutar las leyes"). No obstante, el estatuto de Illinois no prohíbe expresamente a las mujeres ejercer la abogacía. Su marido recurre a la Corte Suprema fundado en el error en la interpretación del estatuto y la consiguiente violación a la igualdad constitucionalmente garantizada. El problema básicamente consiste en determinar si es constitucional la decisión de la barra de abogados y de los tribunales de Illinois al negar a una mujer la licencia para ejercer la abogacía. O, en otras palabras, si el derecho a ejercer una profesión se encuentra garantizado por la XIV Enmienda. Se impugna no una regulación, sino una resolución judicial, que fallaba sobre la decisión de la barra de abogados (un caso de jurisdicción doméstica, común en los EE.UU.).

La Corte Suprema señala que la decisión de excluir a una mujer de la abogacía no es contraria a la Constitución. Es decir, el derecho a ejercer la abogacía no es de aquellos que correspondan a toda persona que tenga los requisitos señalados en el estatuto. Según la Corte, "el hombre es, o debe ser el protector y defensor de las mujeres", además, "lo natural y apropiado para la mujer casada es ser excluida de la profesión legal". Finalmente, "las mujeres tienen una natural delicadeza y timidez que les impide desarrollar apropiadamente ciertas actividades laborales". Por lo tanto, deben mantenerse las áreas reservadas al varón y la

⁴³ El voto de minoría no aparece fundado, ya que el juez murió poco después que el fallo fuera acordado. Ver el interesante artículo de ZÚÑIGA ANAZCO, Yanira, "La generización de la ciudadanía: apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 22 N° 2/2009, pp 39-64.

mujer, ya que "la naturaleza misma ha reconocido una gran diferencia en las esferas y destinos en el hombre y la mujer". A la mujer casada le corresponde cumplir las tareas de esposa y madre "de acuerdo con la Ley Divina"⁴⁴.

Éste es el primer caso en Norteamérica que lidia con los derechos de las mujeres. La sentencia no sólo asigna roles muy definidos al género, sino que se empeña en que esa división se mantenga; cualquier alteración es una infracción a normas elementales de organización social. En términos simples, el ejercicio de la profesión legal destruiría la feminidad y, posiblemente, la familia. La alusión a la "Ley Divina" le da mayor énfasis a la decisión: por derecho natural el papel que le corresponde a la mujer casada es el hogar y el cuidado de los hijos. Con este tipo de fallos, lo normal es que el movimiento feminista se identifique con la lucha por los derechos civiles de los afroamericanos⁴⁵. Años después se utilizará la Enmienda XIV para dejar sin efecto regulaciones discriminatorias basadas en el género (las mujeres comenzaron a ejercer la profesión legal en los años 20).⁴⁶

2. *Reed v. Reed, 1971 (unánime): género y la administración del patrimonio de un hijo fallecido*

La herencia de una persona que acaba de morir debe ser administrada por alguien, hasta que se termine el estado de indivisión. En la administración del patrimonio de un hijo menor que fallece, "los padres tienen preferencia sobre las madres" según la legislación de Idaho. En este caso, los padres estaban separados; se concede la administración al padre; no obstante que la madre del menor había pedido la administración de la herencia primero, en contra de lo sostenido por la legislación. La madre invoca que ésta discrimina en cuanto al género y es, por tanto, inconstitucional que en la administración de la herencia se prefiera al padre sin tener en cuenta ninguna otra consideración. El problema es simple ¿es constitucional la preferencia en la administración dada a los varones sobre el patrimonio hereditario en la sucesión intestada según la legislación de Idaho?, ¿es legítima la predilección dada al padre por sobre la madre?

La decisión unánime del tribunal señala que esta preferencia no es constitucional, se trata de una discriminación sin base razonable y sospechosa. Para la Corte, "que la ley prefiera a un género sobre otro sólo atendiendo al sexo,

⁴⁴ En similar sentido, *Minor v. Happersett* (1875) sobre el derecho al voto. En este caso, la legislación de Missouri establecía que sólo los varones tenían derecho a voto, la constitucionalidad de la norma fue afirmada por la corte estatal y por la Corte Suprema. El Máximo Tribunal lo entiende de la misma forma en que actualmente justificamos las diferencias entre nacionales y extranjeros.

⁴⁵ De la misma época, *Slaughter-house cases*, con la misma interpretación restrictiva. En materia de género y rol, el feminismo tiene un aliado natural en el liberalismo. Curiosamente, en materia de lucha contra la prostitución y la pornografía los sectores conservadores han sido aliados del feminismo.

⁴⁶ Si damos a la Enmienda una interpretación histórica, la deberíamos restringir sólo a discriminación racial, ya que para eso fue creada. Como veremos, los tribunales americanos son más partidarios de una interpretación evolutiva y una actitud expansiva frente a los derechos.

sin posibilidad de examinar las circunstancias del caso (como la competencia concreta de cada padre), implica que el legislador ha sido arbitrario al discriminar, lo que contraviene a la Constitución".

La regulación de Idaho asume que las cuestiones patrimoniales son mejor manejadas por hombres; ya que las finanzas familiares usualmente son llevadas por el marido. Afortunadamente, la Corte estima que lo asumido por la ley es una generalización que lleva a un estereotipo. Quizá el prejuicio sea la peor manifestación de la discriminación (en el caso norteamericano: "si es de color, es un delincuente violento"; "si es latino, es traficante de drogas"; "si es rubia, no es muy inteligente", etc.), ya que lleva a los estereotipos y éstos a las limitaciones impuestas por la tradición. Más grave aún es el caso en que estos prejuicios se convierten en autolimitaciones, moldeando la psicología de las personas. Se insinúa además que a las clasificaciones basadas en el género debería aplicárseles un escrutinio más exigente.

3. *Craig v. Boren, 1976 (6-2): el alcohol, el sexo y la madurez*

En este caso, la legislación de Oklahoma establecía que, para comprar cerveza, las mujeres debían ser mayores de 18 años; en cambio los varones, mayores de 21. Entre quienes impugnan esta regulación están Curtis Craig, de menos de 21 años, y Carolyn Whitener, dueña de una licorería. El Estado justificaba el trato diferente en el superior número de accidentes protagonizados por varones adolescentes ebrios. Los hechos explican claramente cuál es el punto por resolver: la regulación es claramente discriminatoria, debe averiguarse si hay base para que la distinción sea legítima; es decir, si se basa en datos reales y si la medida mejorará la situación existente.

La Corte Suprema estimó que la medida era discriminatoria en contra de los varones y la estadística esgrimida por la autoridad era insuficiente para justificar la distinción en prosecución del fin perseguido. El fallo habla de "arcaica generalización" sobre el comportamiento de adolescentes, mujeres y varones. La prueba de la utilidad de la discriminación de acuerdo al fin perseguido no satisface al Supremo Tribunal y le parece más apropiada una regulación igualitaria. Por primera vez se aplica el escrutinio intermedio a asuntos de género (lo que implicó elevar el *standard* de control): el objetivo por conseguir por la actividad estatal enjuiciada debe ser un fin de importancia y la diferencia de trato debe estar en estricta relación con el objetivo perseguido. El voto de minoría sostiene que el criterio intermedio es demasiado vago y usurpa las legítimas atribuciones del legislador. Además, sostiene que la prueba estadística es bastante persuasiva, indiciaria que la medida daría resultado.

La ley estatal se basa en una realidad biológica que se refleja en datos empíricos: las mujeres maduran primero. Este hecho se manifiesta en que, estadísticamen-

te, causan menos accidentes de tránsito por ebriedad. Quienes abogan por el "feminismo de la diferencia", como Carol Gilligan, encontrarían lógica esta regulación. Las feministas de la diferencia se basarían en este hecho "natural": el desarrollo masculino y femenino es asincrónico. Lo mismo dirían de una regulación que da preferencia a la madre en el cuidado personal de los hijos, "discriminando al padre"⁴⁷. Es interesante la estadística como evidencia y como motivo para tomar una política pública: lo mismo el examen del posible nexo causal entre género y accidentes y entre la medida y la potencial y consecuencial disminución de accidentes.

4. *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County, 1981 (5-4): sexo consentido entre menores y el estereotipo de víctima y victimario*

Michael M., de 17 años y medio, es encontrado culpable de violación por tener sexo consensual con una adolescente de 17 años. Según la legislación de California, una de las formas que el delito de violación puede asumir consiste en realizar *consensualmente* un "acto sexual con una mujer menor de 18 que no sea la cónyuge". Según la legislación, en este caso, *sólo puede sancionarse al varón*. El imputado alega la inconstitucionalidad de la ley criminal basado en la discriminación por género. El asunto principal que debe dilucidar la corte es si es inconstitucional la tipificación de este tipo penal donde el castigo se aplica sólo a uno de los partícipes y al otro se lo excluye, no obstante que ambos reúnen las mismas características y consienten en el comportamiento. En este caso se enjuicia una ley estatal que tipifica un crimen.

Para la mayoría del tribunal, la regulación es compatible con la Constitución: "los hombres y las mujeres de esa edad no se sitúan de la misma forma ante el problema de los riesgos de la actividad sexual". La intención del legislador fue desestimular el embarazo adolescente; se excluye a las mujeres del castigo porque ellas son protegidas por la legislación (las potenciales "víctimas"); para ellas es suficientemente disuasivo el riesgo de embarazo, que tienen más presente que los varones... quien (en este evento) "sufre menos", según la Corte. Entonces la idea de la regulación es "equilibrar una situación naturalmente desequilibrada". Además, sancionar a los dos partícipes haría imposible la denuncia. Para la mayoría del tribunal, la discriminación no es "altamente sospechosa"; por tanto, no merece ser juzgada bajo el escrutinio estricto, ya que los sexos no son iguales en determinadas circunstancias. Se invocan también asuntos prácticos como el posible aumento de abortos, riesgos médicos y sociales. El voto de minoría considera paradójico que una menor de edad tuviera el derecho para requerir un aborto y no para consentir relaciones sexuales. El hecho de

⁴⁷ Tal como lo hace el sistema chileno. Muchos dirían que es una diferencia de trato basada en el derecho natural: no hay verdadera discriminación, ya que la mujer es naturalmente más cercana a los hijos por una cuestión de adaptación biológica, así parece presumirlo nuestro Código Civil. Si los padres están separados, el cuidado corresponde normalmente a la madre (Art. 225 CC).

que baste probar la menor edad y de ningún modo violencia o algún tipo de presión es considerado inaudito. La evidencia que esta tipificación penal haya disminuido o haya podido disminuir el embarazo adolescente no era suficiente persuasiva, en opinión de los disidentes.

Indudablemente se trata de una regulación penal curiosa, lo mismo que la decisión (la prueba es que se trata de un fallo dividido). Desde el punto de vista penal, el sancionar la actividad sexual consensual de dos menores de edad (la edad para el consentimiento en materia sexual es 18 años en muchos estados norteamericanos) parece, en principio, descabellada. La presunción de falta de consentimiento es ridícula; pero no lo es tanto si no se pretende resguardar la libertad sexual, sino impedir los embarazos adolescentes (como si toda actividad sexual llevara al embarazo; además, el uso de contraceptivos no era una exigente, y los jueces dijeron que éstos no eran "un método 100% seguro"). Es discutible si el bien jurídico protegido es digno de tipificación penal, ya que el derecho penal clásico, normalmente, sanciona sólo las conductas que más seriamente atenten contra los bienes jurídicos más importantes (atendida la gravedad de la pena como sanción jurídica, que significa privación o limitación de la libertad o de un derecho importante). Más discutible aún es que se trata, por ser una actividad consensual, de un delito sin víctima (descritos en el famoso libro de Edwin Schur *Crimes without Victim* de 1965⁴⁸). La ley claramente se basa en un estereotipo: mujer-víctima-seducida, hombre-agresor-seducidor, con lo que las feministas tradicionales tendrían problemas. Un punto que parece interesante es que resalta una verdadera diferencia biológica y psicológica entre el hombre y la mujer, interesante para las feministas de la diferencia. El caso de discriminación es claro: esta ley está "hecha a la medida", si no en favor de las mujeres, en contra de los varones.

5. Miller v. Albright, 1998 (5-3): paternidad y maternidad no matrimonial, ius sanguinis y la codiciada nacionalidad americana

Lorelyn Miller nació en Filipinas en 1970; hija de un soldado americano y una mujer filipina, sus padres nunca se casaron. Solicitó ciudadanía americana, la

⁴⁸ En criminología, se denominan victimless crimes o public order crimes los contrarios a las costumbres o los valores socialmente compartidos, sin que exista un sujeto pasivo (porque son consensuales o porque sólo afectan al propio sujeto que ejecuta la acción tipificada). Casos señalados son la prostitución, la sodomía mutuamente consentida o el uso recreacional de drogas no fuertemente adictivas. No se trata tanto que este tipo de conductas dejen de ser consideradas como inmorales por la sociedad, más que nada consiste en utilizar el derecho penal y enfocar la actividad jurisdiccional y las fuerzas policiales sólo a las conductas serias y socialmente dañinas. Es, en buenas cuentas, el viejo tema de las relaciones entre derecho y moral. Tratamos el tema desde el punto de vista de la doctrina antigua y moderna en Alvear Téllez, Julio, y Céspedes Proto, Rodrigo, "Las relaciones entre derecho y moral: las disputas entre lo antiguo y lo nuevo", *Revista Derecho Mayor* N° 2, noviembre/2003, pp 245-262. Desde el punto de vista práctico y con casuística chilena ver Céspedes Proto, Rodrigo, "Perspectivas de análisis para enfrentar el problema de la relación entre derecho y moral", *Cuadernos de la Escuela de Derecho* N° 1/2002. UCN-Antofagasta, pp 88-105.

que fue denegada. Volvió a presentar la solicitud en 1992, después que su padre reconoció su paternidad ante un tribunal americano. Se vuelve a denegar su petición fundado en que la legislación federal establece que los hijos no matrimoniales de *padres* americanos nacidos en el extranjero pueden solicitar ciudadanía sólo hasta los 18 años (la solicitante tenía 22). Lorelyn Miller estima que la ley federal discrimina entre padres y madres norteamericanos, ya que a los hijos no matrimoniales nacidos en el extranjero de *madres* americanas se les otorga la ciudadanía en forma automática, sin necesidad de un procedimiento previo. El problema consiste en determinar si es inconstitucional la ley federal que discrimina entre hijos no matrimoniales nacidos en el exterior de padres y madres norteamericanos. Es una discriminación consecuencia de un tratamiento diferenciado previo (una situación ajena, la nacionalidad de los padres, produce efectos jurídicos y esa regulación discriminatoria incide en los hijos).

Para el Máximo Tribunal, la regulación es compatible con la Constitución, por lo tanto, denegar la ciudadanía es legítimo. Para la Corte Suprema, el tratamiento diferente entre padres y madres con hijos no matrimoniales nacidos en el exterior se justifica porque "frente al nacimiento, padres y madres no están situados de la misma forma: en el caso de la madre, la relación con su hijo es patente y se deriva de los registros médicos"⁴⁹. En cambio, la relación del padre con sus hijos no matrimoniales puede pasar desapercibida por años y el vínculo no es evidente. Por lo anterior, a los hijos no matrimoniales de padres americanos no se les concede automáticamente la ciudadanía: se necesita una prueba de paternidad. El voto de minoría se basa en que la legislación asume un estereotipo: los hijos ilegítimos son exclusiva preocupación de la madre. Se produce además una discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. Si bien en el pasado se discriminó a la mujer-madre, eso no justifica la actual discriminación a los hombres-padres. Finalmente, al momento del fallo, determinar genéticamente la filiación a través de una prueba de ADN era fácil y económico.

Éste es un hecho común en EE.UU., donde la nacionalidad se adquiere también por *ius sanguinis*, con el consecuente derecho a convertirse en residente legal permanente (calidad muy apetecida). Éste es un caso donde se toman en cuenta diferencias biológicas entre hombre y mujer y sus repercusiones en la filiación. Como se trata de una verdadera diferencia, la regulación no puede ser discriminatoria, en opinión de la mayoría de los jueces. Sin embargo, desde el punto de vista de los hijos, es una situación que ellos no pueden elegir ni cambiar (éste es un factor que los tribunales norteamericanos toman en cuenta en

⁴⁹ El Art. 183 inc. 1° de nuestro CC señala: "La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil". La impugnation de la maternidad, por tanto, se debe fundar en la falsedad del parto o la suplantación del hijo (Art. 217 CC).

variados casos, como la educación de los hijos de inmigrantes ilegales⁵⁰). ¿Podría haber impugnado el límite de edad? La situación de la recurrente depende del acto de un tercero y éste es un factor importante en casos de discriminación.

B. Cargas públicas y género

Las cargas públicas involucran un gravamen, por lo que la discriminación en esta materia puede ser seria. Estamos frente a un caso de justicia distributiva (la justa repartición de beneficios y cargas sociales en pro del bien común; donde la actividad correctiva del Estado es fundamental), en la cual es esencial el concepto de igualdad sustancial: un imperativo de justicia nos obliga a tratar a los desiguales en forma disímil. El típico caso son los tributos: pagarán más quienes tienen más, y pagarán menos, no pagarán o recibirán dinero del Estado los que tienen menos. En parte, es una forma de cooperación social para conseguir una sociedad más igualitaria y justa. La calidad de las personas cuenta, como también las circunstancias que las rodean; lo que influye en el trato que el derecho les da. Esta justicia se aplica en materia de seguridad social y educación (gratuidad para quienes no pueden procurársela) y, en general, respecto de las cargas públicas, etc. Este criterio de justicia implica tratar desigualmente a personas que no son iguales, es un trato diferente con justificación, sólo con ella se logra la justicia material. Las cargas públicas que comentamos se refieren al deber de participar como jurado⁵¹ en un proceso judicial y al servicio militar. El primero se presenta como una "ventaja" para las potenciales candidatas (más bien aparente por su doble faceta: carga pública y garantía de un juicio justo), ya que el deber depende de la voluntad de inscribirse, a diferencia de los varones, cuya incorporación al registro es automática. La otra cara de la moneda es la posibilidad de una mujer de comparecer en juicio (como acusada, víctima o como parte civil) y ser juzgada por un jurado compuesto sólo por hombres. El caso del servicio militar es bastante problemático, ya que las diferencias biológicas entre hombres y mujeres parecen esenciales en cuanto a actividades de guerra. Además, es importante el problema logístico que crea la presencia femenina en unidades de combate.

1. Hoyt v. Florida, 1961 (unánime): el peso de ser jurado v. la contingencia de un veredicto injusto

El deber cívico de procurar un juicio justo a los pares y por los iguales es parte de la mentalidad clásica anglosajona. La selección del jurado es entonces

⁵⁰ Ver en materia de educación escolar Plyler v. Doe y Texas v. Certain Named and Unnamed Allies (1982). Como los hijos de los inmigrantes ilegales no tienen culpa, acceden a la educación escolar pública gratuita en igualdad de condiciones. Usando la misma argumentación, el Dictamen 6.197/98 de la Contraloría ordena la inscripción en el Registro Civil de hijos de extranjeros ilegales, "porque carecen de responsabilidad por la situación ilegal de sus padres".

⁵¹ Ver nuestro trial by Jury (juicio por jurado), *Revista Ius Publicum* N° 5/2000, pp 135-ss. Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás.

un trámite procesal fundamental. Una mujer es acusada de matar a su marido después de una disputa conyugal (él había cometido adulterio); en medio de una discusión, ella reacciona impulsivamente y le quita la vida. La defensa alega "privación temporal de razón" en un contexto de violencia doméstica, bastante previsible según la situación. Un jurado, compuesto sólo por varones, la declara culpable. El Estatuto de Florida contemplaba que eran "elegibles" como miembros de un jurado los hombres y las mujeres "que expresamente quieran incorporarse al registro". Como resultado, la desproporción entre hombres y mujeres era enorme (en casi 10 mil potenciales jurados, había sólo 10 mujeres). Después de la condena, la defensa alega ante la Corte Suprema la violación de la garantía de la igual protección ante la ley, en relación directa con el debido proceso. Un jurado con mujeres habría sido más empático y comprensivo con la alegación de privación temporal de razón. El problema por dilucidar es obvio: ¿La legislación de Florida sobre registro y selección del jurado infringe la garantía constitucional de la igual protección ante la ley? En otras palabras, ¿un jurado compuesto sólo por varones da verdaderas garantías de un debido proceso y de una decisión justa?

La Corte Suprema sostiene que la regulación es compatible con la Constitución: el tratamiento diferenciado de hombres y mujeres es razonable y no constituye discriminación. Esto se basa en "la creencia de la comunidad de que el rol social de la mujer es servir a la familia en el hogar". La mujer "aún continúa siendo el centro del hogar y la vida familiar"; por lo tanto, "es razonable eximir a las mujeres de esa carga pública a menos que ella misma determine que puede asumirla en compatibilidad con sus especiales responsabilidades". En opinión del tribunal, la inexistencia de mujeres en el jurado no influye en el veredicto⁵².

El punto central del caso es el debido proceso; el derecho a ser juzgado por los iguales existe desde la Carta Magna (1215) y constituye una garantía de los ciudadanos frente al poder estatal. Sin embargo, en sociedades cosmopolitas como la norteamericana tiene plena aplicación la famosa frase de George Orwell "todos los animales son iguales, pero hay algunos animales más iguales que otros" (*Animal Farm*, 1945). Los factores raciales o de género son esenciales en casos mediáticos como los de Rodney King o O.J. Simpson. Es fundamental que el jurado represente a todos los sectores de la sociedad (*cross-section*) para que se concrete garantía del debido proceso. La regulación del registro y la selección del jurado es el primer punto en disputa. Frente a esta carga pública, la legislación asume un rol basado en el género: como la mujer se dedica a

⁵² No deja de ser curioso que, en materia racial (y casi un siglo antes), la Corte tenga una aproximación diversa. En *Strauder v. West Virginia* (1880), un ciudadano de color fue declarado culpable de homicidio por un jurado compuesto sólo por blancos, debido a que el estatuto de West Virginia excluía a los afroamericanos como potenciales jurados. Para la Corte, la Enmienda XIV tiene por propósito asegurar a la gente de color los mismos derechos de los blancos, la exclusión de jurados de la misma raza del imputado no garantiza un juicio justo y viola la Constitución.

tareas hogareñas y al cuidado de los hijos, el asumir esta carga impediría que cumpliera ambas labores con eficiencia. Objetivamente (y a primera vista), se trata de un beneficio, ya que el inscribirse en el registro es una actividad voluntaria, sólo después la carga puede ser exigible (sería como decidir si hacer o no el servicio militar o pagar impuestos). Sin embargo, el segundo punto es más importante: ¿la representación de los géneros influye en el veredicto? La experiencia práctica indica que sí, sobre todo en materias "sensibles" al sexo del acusado o la víctima, como la violencia doméstica, la violación, el acoso sexual, etc. En este caso el resultado habla por sí mismo. Debe destacarse que tampoco había presencia femenina en la Corte Suprema de la época⁵³.

2. Rostker v. Goldberg, 1981 (6-3): el servicio militar, la eventualidad de guerra y la ventaja de ser mujer

Después de la invasión de la URSS a Afganistán, el Presidente Carter reactivó el servicio militar selectivo por sorteo (*draft* o *selective service system*); éste no incluía el registro de mujeres. Un conjunto de varones (potenciales candidatos) impugnó la ley por discriminación de género, la que fue aceptada por los tribunales estatales. El grupo recurre ante la Corte Suprema basado en que el sistema es discriminatorio. El asunto por aclarar es el siguiente: ¿Es inconstitucional la exclusión de las mujeres en el registro del servicio militar? En otras palabras, ¿es la guerra una actividad esencialmente masculina y sólo debe reclutarse a los hombres?

El fallo del Alto Tribunal sostiene que la regulación es constitucional. La Corte sostuvo que la exclusión de las mujeres del servicio militar no es un subproducto de la manera tradicional de ver el rol de la mujer⁵⁴, sino de verdaderas diferencias biológicas. La mujer es físicamente menos fuerte y resistente y tiene el riesgo del embarazo; si las personas son diferentes no hay discriminación y la diferencia de trato es legítima⁵⁵. Frente la naturaleza de la guerra y del combate, hombres y mujeres no están situados en la misma forma. Incluso, la incorporación de mujeres en labores militares no relacionadas con el combate crearía problemas logísticos. Se analizó también el asunto de la división de poderes: la Corte estimó que el Congreso era la autoridad que en definitiva organizaba las FF.AA. y si consideraba que los varones estaban mejor adaptados para el combate,

⁵³ La doctrina de esta sentencia se revierte en *Taylor v. Lusiana* (1975), en este caso el recurrente era un varón y el sistema de selección del jurado era el mismo que en Florida. El recurrente alega más bien que el jurado no representa la variedad de la sociedad.

⁵⁴ La Corte Suprema ya había eliminado discriminaciones basadas en meros estereotipos, declarándolo expresamente, como en el fallo *Reed* (1971), *Frontiero* (1973) y *Orr v. Orr* (1979). Además, desde el caso *Craig* (1976), el standard era ya bastante alto para aceptar un tratamiento diferente entre hombres y mujeres. En el fallo *Orr*, la Corte Suprema invalida un estatuto de Alabama que obligaba sólo al marido a pagar manutención a su cónyuge y no viceversa. Con esto destruye la premisa que la mujer casada es dependiente. La regulación no es neutral y le da una ventaja injusta a la mujer casada.

⁵⁵ El mismo criterio que en el caso *Michael M.* de 1981, ya analizado.

debía respetarse ese criterio. Más que jurídico era un asunto político. Para la minoría, las operaciones bélicas implican más que combate; por lo tanto, las mujeres perfectamente pueden realizar otras labores militares ajenas a la batalla (donde participa sólo personal entrenado). Además, ya existían mujeres que se alistaban voluntariamente, cosa que el gobierno nunca rechazó.

En este caso las posturas feministas de estricta igualdad entran en una "contradicción vital": ¿la igualdad es sólo para los derechos o también para las cargas? Las diferencias biológicas, pero sobre todo el riesgo de embarazo en una situación de guerra puede provocar problemas (sin contar los asuntos logísticos que encarecen el presupuesto de emprender una aventura bélica en el exterior). Primaron las "razones de política" en la que abunda Ronald Dworkin, entendida como "conveniencia"⁵⁶ de la decisión y su impacto en la sociedad. En la actualidad, la mujer se encuentra plenamente incorporada a labores militares, pero en ese entonces tenían una tímida presencia.

C. Discriminación positiva⁵⁷

La discriminación positiva (llamada *affirmative action* o *reverse discrimination*) surge como una medida correctiva, tendiente a igualar a personas que se encuentran en situación desigual; en palabras simples, revertir la discriminación con medidas discriminatorias a favor de los grupos excluidos. Podría considerarse parte de la justicia distributiva. Por lo anterior, su constitucionalidad puede ser cuestionada por atentar contra la igualdad. En el caso de la discriminación racial y la esclavitud, es natural que la libertad recién ganada por los afroamericanos no les hubiera servido de mucho si querían integrarse efectivamente a la sociedad. Debía "ayudárseles" un poco, incluso como una forma de "compensación". También es una técnica que puede ser usada para disolver prejuicios sociales, como los asociados a los roles de género: trabajos o áreas considerados "sólo para hombres" o funciones "sólo para mujeres". Uno de los casos analizados es representativo de este fenómeno. El segundo plantea el conflicto de intereses entre dos "minorías desprotegidas" y necesitadas de "ayudas especiales": los veteranos de Vietnam y las mujeres.

⁵⁶ El concepto no es totalmente ajeno al ordenamiento chileno; en efecto, el Art. 477 de nuestro CPC señala, en la renovación de la acción ejecutiva (efectos de la sentencia definitiva del juicio ejecutivo y la especial regulación de la cosa juzgada), como excepción la "falta de oportunidad en la ejecución". Nuestros tribunales le han dado una interpretación amplia, más allá de la falta de exigibilidad (plazo, condición, modo), que dice relación con la "conveniencia en razón de tiempo y lugar". En materia administrativa, el control jurisdiccional de mérito es una realidad desde *Fusch y Plath v. Fisco*, RDJ T 5/1908, Sec. 2.

⁵⁷ Para una visión general del problema ver Leiter, Samuel, y otro, *Affirmative Action in Antidiscrimination Law and Policy*, Suny Press, 2002.

1. *Personnel Administrator Massachusetts v. Feeney, 1979 (7-2): ex soldados en guerra contra las mujeres*

Una ley del Estado de Massachusetts le daba preferencia en puestos públicos "por toda la vida" a la contratación de veteranos de guerra dados de baja con honores (98% hombres). Los veteranos postulaban al 60% de los empleos públicos. Helen B. Feeney obtuvo un alto puntaje en las pruebas de conocimiento, pero quedó bajo varios veteranos que obtuvieron puntajes menores. Postuló varias veces a distintos cargos públicos y en todos los concursos fue desplazada. Los Tribunales de Massachusetts le dan la razón a la Sra. Feeney, lo que es impugnado ante la Corte Suprema. En este caso se pretende determinar si es inconstitucional este tipo de discriminación contra la mujer y, correlativamente, el beneficio de veteranos de guerra (mayormente varones).

Para el Máximo Tribunal, la medida sí se ajusta a la Constitución, no hay en el legislador un claro propósito de discriminar. La regulación de la discriminación positiva tiene justificación en la readaptación de los veteranos de combate en la sociedad civil; no discrimina sobre la base del género, ya que también hay mujeres beneficiadas (2%): "El carácter de veterano de guerra no es exclusivamente masculino y esta forma de discriminación positiva no sólo perjudicó a mujeres como la Sra. Feeney, también fueron desplazados varones. La discriminación en esta ley es entre veteranos y no-veteranos y no entre hombres y mujeres". Para el voto de minoría, sí hay intención de discriminar y los efectos materiales de la medida eran fácilmente predecibles por el legislador. La casi inexistente presencia femenina en las FF.AA. era suficiente evidencia e influyó definitivamente en el resultado fáctico final de la medida. En suma, no supera el examen de escrutinio intermedio según los disidentes.

Si entendemos que los conflictos se reducen a aplicar el contenido "superficial" de las normas, el fallo es impecable: este sistema de preferencias no hace alusión a cuestiones de género. Sin embargo, los hechos se imponen: si bien la categoría "veterano" no está asociada al género, en lo fáctico sólo la componen varones. La medida en términos abstractos es neutral, pero en los hechos no lo es⁵⁸. Los desplazados serían los hombres y las mujeres "no-veteranos", existiendo mujeres veteranas de guerra aunque en bajo número (el hecho que las mujeres pudieran ingresar al ejército es recalado en el fallo: no hay un requisito previo "imposible de cumplir"). No hay, en otras palabras, intención de discriminar a las mujeres y beneficiar a los hombres considerados como una categoría. En

⁵⁸ Ver en este sentido *Yick Wo v. Hopkins* (1886). Una norma municipal de la ciudad de San Francisco regulaba sólo las lavanderías ubicadas en edificios de madera. De 80 lavanderías operadas por blancos, 79 estaban localizadas en edificios de ladrillos (no se les aplica la regulación). Las 200 lavanderías operadas por chinos se ubicaban en edificios de madera. Si bien el texto de la regulación es neutro, en los hechos no lo es, tal como lo declaró la Corte Suprema: un caso claro de facto-discriminación. En contra, sobre planificación urbana y discriminación racial ver *Ybarra v. Town of Los Altos Hills* (1974).

este caso, el análisis del tribunal no es un mero contraste normativo, busca la intención del legislador. El carácter permanente de la medida (al menos mientras sobrevivan veteranos de guerra) la hace cuestionable, ya que no se evalúan los resultados. Implícita en el juicio está la idea de "compensación", ya que los veteranos fueron dados de baja "con honores", indicativo de un servicio prestado al país. Lo mismo podría decirse de la discriminación positiva otorgada a los afroamericanos (en compensación por la esclavitud y la segregación) o a los nativos (exterminación y usurpación de sus tierras). Al tribunal, en último término, le corresponde tomar decisiones políticas (en el sentido que le da al término Ronald Dworkin) y debe elegir entre dos grupos "desprotegidos". Si bien era previsible que, en el hecho, se discriminaría contra las mujeres, para que una ley sea declarada inconstitucional el legislador debe buscar expresamente el propósito de discriminar: no sería inconstitucional si la discriminación es sólo un subproducto.

2. Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County, 1987 (6-3): las medidas temporales para equilibrar el mercado laboral y su potencial efecto antimeritocrático

La Empresa de Transporte de Santa Clara (California) asciende a Diane Joyce (dándole el cargo de mensajera) en vez de a Paul Johnson, que obtuvo dos puntos más en la prueba de selección. Esto porque el empleador voluntariamente ha asumido una política de discriminación positiva temporal en favor de las mujeres (en un universo de 238 trabajadores no había ninguna) y minorías raciales infrarrepresentadas. El ente público señala que la participación femenina en el sector, según las estadísticas, es baja y desea corregirla con una medida temporal, poniéndose metas anuales. Se impugna la normativa de una empresa pública. El problema básico por resolver es si es constitucional tomar en cuenta el género del funcionario al momento de decidir los ascensos según la *Civil Rights Act* de 1964⁵⁹ en el procedimiento establecido por esta empresa pública.

⁵⁹ La sección quinta de la Enmienda XIV le otorga al Congreso la potestad de darle mayor concreción a través de leyes federales. La más importante es la Ley de Derechos Civiles de 1964, que amplía su aplicación no sólo a asuntos raciales, sino a la discriminación por sexo, origen nacional, religión, etc. Con ésta se pudo impedir la discriminación realizada por particulares (servicios al público como hoteles, parques de remolques, restaurantes, estaciones de gasolina, bares, lugares de entretenimiento en general, etc.) y fomenta la integración en servicios financiados con fondos federales. Ampliada posteriormente por la Civil Right Act de 1968 referente a venta, arrendamiento y financiación de viviendas. Ver LOEVY, Robert D., *Civil Rights Act 1964: The Passage of the Law that Ended Racial Segregation*, State University of New York, 1997. El caso más célebre es *Shelley v. Kraemer* (1948): Una familia afroamericana adquirió una casa en un condominio; uno de los copropietarios solicitó judicialmente que el comprador no entrara en posesión material del inmueble invocando un acuerdo entre copropietarios (vigente desde 1911), que impedía vender a "personas de raza negra o mongola". La Corte de Missouri declaró legal la restricción, argumentando que la garantía contra la discriminación era oponible solamente frente a actos estatales y no ante privados (el problema de la verticalidad/horizontalidad de los derechos constitucionales). La Corte Suprema señaló que, no obstante que la cláusula era válida desde el punto de vista contractual, no podía solicitarse su cumplimiento ante tribunales. De decretarlo los tribunales estatales, el estado federado mismo se involucraría en discriminación racial, lo que es inconstitucional.

La Corte sostuvo que la consideración del género del candidato en el proceso de promoción y selección era razonable, flexible, moderado y acorde con la Constitución, ya que es sólo un factor entre varios tomados en cuenta y no constituye una barrera para que los hombres asciendan (no es un sistema de "cuotas")⁶⁰. La medida adoptada es adecuada para corregir "el desequilibrio en la proporción de hombres y mujeres que trabajan en el sector, tradicionalmente reservado a hombres"; en otras palabras, esta discriminación temporal ayudaba a corregir una discriminación permanente. Además, se trata de una medida temporal tendiente a eliminar una desigualdad social en los hechos. Para la jueza Sandra O'Connor, la total ausencia de mujeres en ese campo de trabajo era argumento suficiente para dar legitimidad a la medida (algo natural, ella fue la primera mujer en la Corte Suprema Americana). Según el voto de minoría, para aplicar un sistema de discriminación positiva es necesario probar una intención discriminatoria y no basta la falta de equilibrio en la presencia masculina y femenina. Además, insinúa que la poca o nula presencia de mujeres en ciertos trabajos se debe más a la falta de calificación o, incluso, de interés. En resumen, esta medida provoca más discriminación, en vez de evitarla.

El carácter temporal de la medida y el bajo porcentaje de personal femenino en las labores señaladas dan legitimidad al sistema implementado. Sin embargo, la discriminación positiva es, en efecto, discriminación. Frente a puestos públicos escasos a los que concursa gran cantidad de personas el resultado, al menos, generará "molestia" en los desplazados. Como técnica es bastante discutida, ya que puede generar desconfianza en los demás funcionarios o en el público a quien los funcionarios sirven: la eficiencia y eficacia del servicio puede verse afectada por la incorporación de personas menos calificadas. Para muchos es un sistema "antiamericano", ya que no se selecciona al mejor candidato.

D. Beneficios de la seguridad social y género⁶¹

La seguridad social es una de las áreas más complejas y reglamentarias del ordenamiento jurídico. Los dos casos presentados ejemplifican bien el problema del género y los roles asociados y su asunción por la legislación. En el primer caso, la Corte resuelve sobre una discriminación que opera contra los varones

El acuerdo parece generar una especie de obligación natural: válida pero privada de acción. En Chile el caso se resolvería en forma más fácil: el contrato es nulo por objeto ilícito en base al Art. 1462 CC: sería contrario al derecho público chileno. En efecto, a través de esta disposición, la infracción al Art. 19 N° 2 de la Carta Fundamental anularía el acuerdo.

⁶⁰ Utiliza un criterio ya aplicado en la discriminación racial, pero en el ámbito de la empresa privada en *united steel workers of america v. weber* (1979).

⁶¹ En Chile ha habido interesantes pronunciamientos de la Superintendencia de Seguridad Social, por ejemplo, Dictamen 2.978 de 09/10/79, que señala que en materia de pensiones de sobrevivencia hay discriminación al existir diferencias en cuanto al género del causante por cuanto el pensionado varón tiene como beneficiaria a la cónyuge, no dándose lo mismo en la situación inversa.

casados con mujeres militares. El segundo es un beneficio estatal más general a las mujeres viudas, que discriminaba contra los viudos.

1. *Frontiero v. Richardson, 1973 (8-1): mujeres soldado y las cónyuges de militares*

Sharon Frontiero, teniente de la Fuerza Aérea, pretendía incorporar a su marido como carga en el sistema de seguridad social, ya que le otorgaba beneficios extra en salud y vivienda. La ley federal establecía que *las cónyuges* de todos los *militares varones* eran automáticamente consideradas como carga; en cambio, los *maridos de militares mujeres* no eran considerados carga, salvo que se probara que su remuneración era inferior a la mitad del salario de su esposa (en el fondo, tenía el peso de probar cierta dependencia, mientras que en el otro caso se daba por evidente). La recurrente estima que hay un indudable trato adverso hacia las mujeres. Como su solicitud es denegada, la Corte Suprema debe pronunciarse sobre la constitucionalidad esa ley en atención de que discrimina en forma irrazonable en el procedimiento de determinación de cargas familiares y los beneficios consiguientes. Es decir, el Máximo Tribunal debe decidir si hay razón suficiente para que la Administración haga esa diferencia en base al sexo y, en consecuencia, sea legítima.

Para la Corte, este sistema contraviene la Constitución. El tratamiento diferente en perjuicio de la mujer frente a los varones que están en sus mismas condiciones constituye una violación al principio de igualdad. Al hacer diferencias entre géneros, la autoridad pública debe probar exhaustivamente que existe un interés público involucrado y que es conveniente hacer una discriminación. De no probarse lo anterior, la clasificación y el tratamiento diferente entre hombres y mujeres es altamente sospechosa y, por lo tanto, inconstitucional. Incluso, el sistema permite darle automáticamente beneficios a las esposas que pueden no ser dependientes. Hay un expreso reconocimiento al discriminatorio tratamiento que el ordenamiento jurídico norteamericano ha dado a la mujer. Por primera y única vez, varios jueces señalan que debe aplicarse el escrutinio estricto a asuntos de género. Para el único voto de minoría, el sistema es razonable, ya que la mayoría del personal militar está compuesto por varones y el sistema de clasificación de la esposa mujer como carga automática (la gran mayoría eran dependientes) disminuye costos para el erario nacional.

Ésta es una clásica relación entre rol y género que no rompe el tribunal, sino la propia realidad social: la incorporación creciente y paulatina de la mujer al mercado laboral, incluso el militar. La regulación se basaba en el supuesto de un marido proveedor y una esposa dedicada al hogar o con un trabajo con remuneración inferior. La realidad social había superado ese estereotipo y la legislación simplemente estaba atrasada (difícilmente podía imaginarse una mujer militar). La discriminación sencillamente no tenía base racional y per-

judicaba y desalentaba la incorporación femenina a las FF.AA. Este caso es un ejemplo de interpretaciones "evolutivas" (*living Constitution*) donde el derecho debe ser aplicado de acuerdo con el cambio social en desmedro de su origen histórico. La Enmienda XIV es el vivo ejemplo de lo anterior: originalmente creada después de la Guerra de Secesión, comenzó a aplicarse a otras minorías étnicas, a las mujeres, a los homosexuales, discapacitados, etc.

2. *Weinberger v. Wiesenfeld, 1975 (unánime): un pobre viudo contra el sistema*

El régimen de seguridad social de Washington DC establecía beneficios para las viudas que se dediquen al cuidado de los hijos. Un viudo, Stephen C. Wiesenfeld, cuya esposa (fallecida durante el parto) trabajaba como maestra de escuela (y contribuía al sistema de seguridad social, recibiendo un estipendio superior al de su marido, que era la base de sustentación de la familia) desea dedicarse exclusivamente al cuidado de su hijo recién nacido. Estima que los beneficios se regulan discriminatoriamente, la distribución es inequitativa⁶². Aquí el asunto principal consiste en decidir si es constitucional la discriminación entre viudos y viudas respecto a los beneficios de la seguridad social. En esencia, el mismo problema del caso anterior.

Para el tribunal, el sistema de distribución de beneficios es inconstitucional y hace una "arcaica" generalización que no puede ser tolerada. La regulación de los beneficios es discriminatoria, se basa en un estereotipo: marido trabajador y proveedor y esposa preocupada del hogar; o, en caso que la cónyuge trabaje, su aporte monetario es menos significativo. Los roles pueden intercambiarse, como en este caso. Sigue la misma doctrina que en *Frontiero*.

Similar al fallo anterior, la norma se basa en supuestos ya superados: el rol asociado al género estaba cambiando. En esta sentencia, lo que llama la atención es que el discriminado es un hombre frente a una legislación que beneficia a mujeres: segundo caso en el cual el feminismo radical tendría "contradicciones vitales". Filosóficamente, este fallo representa una aplicación de la "justicia distributiva" de Aristóteles: debe darse lo mismo ("lo suyo") a quien está esencialmente en la misma situación (sin que el género sea relevante).

E. Educación y género

La educación es un catalizador de cambio, sobre todo en materia de prejuicios culturales. Éste es un campo en el cual se pueden corregir las desigualdades fácticas provocadas por tratos discriminatorios permanentes y los consiguientes prejuicios culturales arraigados. En efecto, el acceso a la educación por las

⁶² En el mismo sentido y sobre una materia similar, *Califano v. Goldfarb* (1974).

mujeres puede "liberarlas" de los roles tradicionales y abrirles puertas a más opciones. En el caso de los afroamericanos, la educación era esencial para ejercer adecuadamente derechos políticos⁶³. Examinamos un caso paradójico: una profesión estimada "sólo para mujeres"; una escuela "sólo para mujeres" que persigue (¿persegua?) abrirles espacios en el mercado laboral y un varón que alega "discriminación" frente al "sexo débil". Luego, un caso clave para la administración Clinton: la integración total en la educación secundaria pública (coeducación).

1. Mississippi University for Women v. Hogan, 1982 (5-4): un hombre solitario en un mundo de mujeres

A Joe Hogan, un enfermero titulado, le es negada la admisión a un curso de postgrado en la Escuela de Enfermería *para Mujeres* de la Universidad de Mississippi (*MUW*), basado en que es hombre. Aparte de ese "detalle", reunía todos los requisitos para entrar al programa. Creada en 1884, era la más antigua escuela "sólo para mujeres" subvencionada por el Estado. La decisión de entrar a dicho postgrado se basaba en la proximidad geográfica al centro de estudios como en su gran prestigio. El dilema aquí consiste en determinar si es inconstitucional la negativa de ingreso a un varón a un curso de postgrado en una escuela universitaria creada sólo para mujeres. En términos más específicos, ¿supera el *test* del escrutinio intermedio establecido en el caso *Craig* de 1976?

La Corte decide que impedir el ingreso por el sólo hecho de ser hombre es inconstitucional; lo mismo que la institución sea sólo para mujeres. La distinción en base al género en este fallo y en esta época no tiene justificación; además, precisamente se funda en roles asignados por género. Su preservación precisamente generará la continuación de un estereotipo. No se trata de una forma de discriminación positiva en favor de la mujer, ya que, tradicionalmente, las mujeres han tenido iguales oportunidades de entrar al campo de la enfermería; incluso, la educación separada en este caso tiende a "perpetuar el estereotipo de que la enfermería es sólo para mujeres". En el fondo, era una discriminación positiva que ya no tenía sentido: el género beneficiado ya no sufría ninguna desventaja. Si el Estado quería hacer una política compensatoria, ésta ya había dado resultado. Para el voto de minoría, la facultad sólo daba más oportunidades a las mujeres, que podían elegir asistir a un programa mixto. Asimismo, que el recurrente alegue el factor de la distancia entre su residencia y el centro educativo parece "constitucionalmente trivial": el daño invocado es irrelevante. Además, las consecuencias lógicas de la opinión de la mayoría sería comenzar a abrir escuelas de negocios sólo para mujeres (aún había pocas en el rubro). Finalmente, la diversidad y la libertad son centrales en el sistema educativo

⁶³ Ver *Brown v. Topeka Board of Education* (1954), respecto a la segregación racial en las escuelas.

americano: los alumnos pueden decidir si estudiar en una universidad sólo para mujeres o una integrada.

Estamos frente a otro caso que produciría perplejidad entre las feministas: un hombre "invadiendo" una profesión tradicionalmente "de mujeres". No se trata del desempeño de un rol (hogar y cuidado de los hijos), sino de una actividad laboral que es prácticamente monopolio femenino. Si bien se trata de una política proteccionista destinada a las mujeres (hay menos competencia al momento de ingresar, lo que una feminista moderada defendería), el argumento esgrimido es más fuerte: los estereotipos son precisamente lo que las feministas (las más radicales) pretenden romper. El origen de la *MUW* era una "compensación" a las mujeres por haberlas excluido sistemáticamente del mercado del trabajo, cosa que ya no tenía mucho sentido (a la época de creación de la escuela no existían enfermeras). Ahora, un asunto que parece secundario cobra importancia: el subsidio estatal. En EE.UU. se pueden establecer escuelas religiosas y separadas por sexo sin problema, pero no gozarán de subvención estatal.

2. United States v. Virginia, 1996 (7-1): la batalla por integrar a las mujeres agueridas

El *Virginia Military Institute (VMI)* tenía una larga tradición (creada en 1838) como escuela pública militarizada sólo para hombres (incluso uno de los jueces se inhabilitó porque su hijo estudiaba en ella). La fiscalía de EE.UU. sostiene que la política de sólo admitir hombres viola la Constitución. Los tribunales de Virginia estiman que es inconstitucional esa práctica de admisión y dan al Estado tres opciones: admitir a la solicitante, dejar de apoyar financieramente a la escuela o crear una escuela militar femenina. El Estado de Virginia se decide por la última: *Virginia Women's Institute for Leadership (VWI)*, pero con una aproximación pedagógica menos agresiva, ya que "las mujeres se desarrollan mejor en un ambiente más cooperativo". Además se sostiene que el acto de incorporar presencia femenina cambiaría la filosofía educacional de la *VMI*. El tribunal estatal sostiene que la medida sirve para enervar la acción, ya que ambas escuelas ofrecen un programa similar ("separados pero iguales"), pese a las diferencias de prestigio. La fiscalía impugna la decisión ante la Corte estatal. Virginia se defiende alegando las ventajas de la educación separada (diferencias en la madurez de hombres y mujeres, resistencia al ejercicio físico) y las desventajas de la integración (problemas de logística). La Corte Suprema debe decidir si satisface la exigencia constitucional el mantener dos escuelas separadas por sexo, o, lo que es lo mismo, si hay una razón suficiente para mantener esta diferencia.

Para la Corte, la existencia de dos escuelas paralelas no es suficiente para satisfacer los requerimientos constitucionales de igualdad; por lo tanto, debe procederse a la integración. La política de admitir sólo hombres en el *VMI* es inconstitucional

y la creación de una escuela militarizada separada sólo para mujeres no fomenta la diversidad y se basa en un estereotipo. La enseñanza de la escuela alternativa no proveerá el mismo riguroso entrenamiento militar, cursos, instalaciones y reputación. El *standard* utilizado por el tribunal es mucho más alto que el escrutinio intermedio, el clásico para asuntos de género. Según el único voto de minoría, los beneficios de la coeducación son relativos (no los habrían en este caso); la filosofía educacional del *VMI* pugna con las características femeninas. Además, existía una amplia oferta educacional con oportunidades abiertas para hombres y mujeres. Finalmente, la diversidad es un valor importante y para esto debe otorgarse cierto grado de autonomía a las escuelas.

Las escuelas militarizadas eran tradicionalmente sólo para hombres, dada la fuerte disciplina, la falta de privacidad, el método de enseñanza "agresivo" y, finalmente, que se consideraba que la actividad militar era esencialmente masculina. La creación de una escuela militarizada paralela sólo para mujeres podría parecer suficiente, pero tiene dos inconvenientes. Primero, lo que se busca es la integración, la educación en un ambiente mixto y que las mujeres (hasta ahora excluidas) se beneficien con esta "filosofía educativa". En segundo lugar, recuerda un nefasto precedente que estableció la doctrina "iguales, pero separados": se impugnó la existencia de vagones de ferrocarril separados para negros y blancos, cosa que la Corte Suprema consideró legítima (*Plessy v. Ferguson, 1896*).

IV. Conclusiones

Este debate está lejos de acabar en los EE.UU. En algunos países, como los latinoamericanos, recién comienza. Sin embargo, podemos sacar algunas conclusiones:

1. La Constitución americana es un modelo para el mundo (muchos países la tomaron en cuenta al redactar sus propias leyes fundamentales; la Convención Europea de Derechos del Hombre también se basó en gran parte en este texto); sin embargo, el logro por la efectiva igualdad en todo ámbito ha sido objeto de una larga batalla judicial, como acabamos de ver. La Corte Suprema Americana comenzó a aplicar tímidamente el Texto Fundamental en materia de igualdad, muchas veces ignorando esta garantía.

2. En materia de igualdad de género, el feminismo luchó primero por igualdad en los derechos (sufragio, acceso a la educación y puestos de trabajo); luego por superar roles y estereotipos asociados al sexo.

3. Muchas veces la disputa por la estricta igualdad ha llevado a que, situaciones inicialmente beneficiosas para la mujer se hayan revertido, sobre todo en materia de cargas públicas y beneficios de seguridad social.

4. Existen indudablemente diferencias biológicas y psicológicas entre hombre y mujer, la clave es averiguar cuáles son y cómo éstas se deben reflejar en el ámbito normativo. El embarazo, por ejemplo, es una diferencia esencial que se traduce en tratos diferenciados justificados.

5. La interpretación de la Enmienda XIV por la Corte Suprema americana ha evolucionado, dándole cada vez mayor amplitud. Históricamente se ideó para superar la esclavitud, pero se aplicó posteriormente a otras minorías étnicas, a cuestiones de género, orientación sexual, discapacidad, nacionalidad, etc. Un ejemplo de una interpretación evolutiva del derecho.

6. Cada vez más la Corte Suprema considera como "sospechosas" las clasificaciones y distinciones del legislador o de la Administración basadas en el sexo y, para considerarse constitucionales deben pasar por un examen cada vez más estricto.

7. El análisis de algunas sentencias provoca la sensación de paradojas, casos en que las posturas feministas entran en "contradicción vital".

8. Siempre, en todas las controversias, subyace el límite y la frontera entre las potestades de los gobiernos y parlamentos estatales y federales y la facultad de los tribunales para controlarlos. No hablamos del plano formal (la asignación de competencias normativas y la expresión de las regulaciones bajo la forma de una específica fuente formal), sino del mérito, la gravedad de la situación normada y la regulación misma.

9. En esta materia, la diferencia entre jueces liberales y conservadores es palpable, así como la presencia femenina en el Máximo Tribunal americano.

10. La discriminación de género se manifiesta en una amplia gama de materias como la tipificación de delitos, los beneficios de la seguridad social, el mercado laboral, etc.