

LAS DECISIONES DE LAS MINISTRAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN A LA MUJER

THE DECISION OF FEMALE CONSTITUTIONAL COURT JUDGES IN GENDER BIAS CASES

*Catalina Salem Gesell**

RESUMEN: El presente trabajo busca determinar si es que en la jurisprudencia sobre discriminación a la mujer del Tribunal Constitucional chileno, el papel de las juezas constitucionales ha seguido algún patrón que permita afirmar que han ejercido un rol representativo de su propio sexo. De las sentencias analizadas, se concluye que no es posible afirmar que exista un patrón de decisión que las haya llevado a favorecer a las litigantes de su propio sexo desde una perspectiva de género.

PALABRAS CLAVE: Juezas constitucionales - Tribunal Constitucional - Discriminación contra la mujer.

ABSTRACT: The article seeks to establish if the decision of female Constitutional Court judges follow a patron representative of their own sex in the resolutions of gender bias cases. After the analyses of the jurisprudence, the paper concludes that it's not possible to affirm that the so call 'judges' gender effect" exists in the decision of gender bias cases in the Constitutional Court of Chile.

KEY WORDS: Female constitutional court judges - Gender bias cases.

* Abogada, magíster en Derecho LLM-UC, mención en derecho constitucional, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Estudiante del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Conicyt-Pfcha/Doctorado Nacional/2018-21180819. cesalem@uc.cl.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las temáticas que han guiado algunas investigaciones desde varias décadas en Estados Unidos es el llamado “judges’ gender effect”, es decir, el estudio acerca de si las juezas seguirían un patrón distinto en el proceso de toma de decisión respecto de sus colegas varones; y que la presencia de mujeres en el estrado de tribunales colegiados influenciaría el proceso deliberativo de sus colegas hombres en los casos de discriminación por sexo¹. El valor que tendría el “judges’ gender effect”, consiste en que investigaciones en el área de las ciencias sociales habrían demostrado consistentemente que la incorporación de distintos puntos de vista es un complemento importante en el proceso de toma de decisiones. De esta manera, cuando los grupos están integrados por miembros diversos, esos miembros aprenden de cada uno y se proveen de un control mutuo en la verificación de la información que comparten, conduciendo, finalmente, a un proceso de decisión más preciso². En este sentido, la perspectiva de una jueza resultaría más matizada, textualizada o comprensiva en el análisis de los hechos y del derecho³, constituyendo así un aporte al proceso de deliberación judicial. Por ello es que desde hace ya varios años, se ha venido sosteniendo la necesidad de incorporar a la mujer no solo a la judicatura⁴, sino que, también, a otras instituciones del Estado⁵ e, incluso, a organismos supranacionales⁶.

En el caso del Tribunal Constitucional chileno, este ha contado a lo largo de su historia con la integración de cuatro ministras. La primera de ellas, Luz Bulnes Aldunate, designada por el Consejo de Seguridad Nacional el año 1989, y se desempeñó en el cargo hasta el año 2002. Luego, la siguió Marisol Peña Torres, designada por la Corte Suprema, desempeñándose en el cargo desde el año 2006 hasta el año 2018. Además, fue la primera presidenta del Tribunal Constitucional. Asimismo, el Tribunal se encuentra actualmente integrado por las ministras María Luisa Brahm Barril –designada por el presidente Sebastián Piñera el año 2013– y María Pía Silva Gallinato, designada el año 2018 por la Corte Suprema en reemplazo de la exministra Marisol Peña. La Cámara de Diputados y el Senado –cada uno de los cuales

¹ CHEW (2017), p. 199.

² *Op. cit.*, p. 202.

³ *Op. cit.*, p. 203.

⁴ A modo ejemplar, los proyectos de ley en *Boletines*, N°s 11.389-07 y 6.328-07; y el reciente informe titulado “25 propuestas para un Tribunal Constitucional del siglo XXI”, publicado con fecha 28 de junio de 2019.

⁵ Véase ZÚÑIGA, AGUILERA y VÁSQUEZ (2007).

⁶ Así sucedió con la Corte Europea de Derechos Humanos el año 2004. Véase MOWBRAY (2008).

puede proponer o designar, según corresponda, a dos de sus miembros— nunca han nominado a una mujer para ejercer el cargo. Cabe destacar que la ministra María Brahm es actualmente la presidenta del Tribunal Constitucional, siendo, en consecuencia, la segunda mujer en detentar ese cargo.

La labor que han desarrollado estas juezas constitucionales merece una particular atención y estudio en vista a la actual discusión sobre la participación de la mujer en las distintas instancias de la sociedad civil, la sociedad política y el Estado. Para ello, en el presente trabajo:

- 1) se presentará un marco teórico destacando algunas investigaciones empíricas que se han desarrollado en Estados Unidos sobre esta materia;
- 2) luego se hará un análisis de algunas sentencias que se han seleccionado para identificar si es que existe algún patrón que permita afirmar que las referidas juezas han ejercido un papel representativo de su propio sexo en aquellos asuntos que han debido decidir y que tienen relación con materias que constituirían una discriminación a la mujer y
- 3) finalmente, se extraerán algunas conclusiones sobre la base de si es posible afirmar que existe un “judges’ gender effect” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

II. EL PAPEL DE LA MUJER EN LA JUDICATURA

Desde la década que comenzó en 1980 que en Estados Unidos se ha investigado la participación de la mujer en la judicatura, siendo una temática que —como nos referiremos a continuación— ha captado la atención de los académicos hasta hoy.

En efecto, ya en 1986 Suzanna Sherry afirmaba que las juezas se diferencian de sus colegas hombres en tres formas que harían que las mujeres contribuyan al sistema judicial de una manera especial. Estas formas serían su presencia, su participación y su perspectiva.

Analizaremos cada una de ellas, agregando las aportaciones que han hecho también otros autores con posterioridad, y las conclusiones a las que han arribado algunos estudios empíricos sobre la materia.

a) La presencia de la mujer en la judicatura

La existencia de mujeres integrando los tribunales tendría una función educativa —dice Suzanna Sherry— que ayuda a terminar con estereotipos existentes en los jueces y en los demás actores que participan del sistema judicial⁷.

⁷ SHERRY (1986), p. 160.

Por ejemplo, Vicki Jackson sugiere que las juezas serían un importante modelo, no solo para las mujeres abogadas, sino, también, para todos los participantes del sistema judicial. A medida que la sociedad se acostumbra a que las mujeres ejerciten el poder de juzgar, los estereotipos sobre la competencia y autoridad de hombres y mujeres para juzgar debería, en su opinión, desaparecer. Por ello, el aumento del número de juezas en los distintos sistemas judiciales de Estados Unidos, por sí mismo tendría el potencial de cambiar los estereotipos sociales de lo que las mujeres pueden hacer⁸.

Exactamente veinte años después, Michael Fix y Gbemende Johnson se preguntaron cómo eran percibidas por la opinión pública las decisiones de las juezas de las cortes estatales de Estados Unidos⁹. Esto, con el objetivo de determinar si se mantenían estereotipos tradicionales en la opinión pública basados en el sexo, que hagan cuestionar la decisión de una jueza versus la decisión de un juez¹⁰. Los autores partieron de la hipótesis que la opinión pública era más susceptible de percibir a las juezas decidiendo los asuntos judiciales sobre la base de factores extralegales¹¹, como el sexo o la ideología, mientras que sus colegas hombres no lo harían¹². La metodología que utilizaron fue presentar una noticia que resumía una decisión ficticia de un tribunal superior que revocaba una sentencia de custodia de un niño dictada por un juez de familia. Al presentar el caso a un grupo de los encuestados¹³ en la muestra se les indicaba que el juez de familia era una mujer, mientras que el ministro de Corte de Apelaciones, un hombre; y viceversa para otro grupo¹⁴. Sobre la base del caso, se les formulaba una serie de preguntas en torno a cuatro hipótesis, cuyas respuestas, una vez analizadas, arrojaron como resultado que el sexo de los jueces tiene poco impacto en la percepción de las decisiones judiciales¹⁵. En efecto, afirman los autores que lo que sí tuvo un impacto en la percepción de los encuestados fue el resultado del

⁸ JACKSON (1997), p. 21.

⁹ FIX & JOHNSON (2017), p. 1845.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 1849.

¹¹ *Op. cit.*, p. 1857.

¹² *Op. cit.*, p. 1862.

¹³ La muestra fue tomada entre septiembre y noviembre de 2016 a estudiantes de pregrado inscritos en el curso introductorio de ciencia política de la Universidad Estatal de Georgia, lo que parece una metodología cuestionable al ser un grupo homogéneo que, en nuestra opinión, no puede ser catalogado bajo la categoría de "opinión pública". No obstante, los autores defienden la muestra utilizada, afirmando que, si bien no puede ser extrapolada a un cambio valórico en la sociedad, sí puede, al menos, indicar un cambio de perspectiva en los más jóvenes, proporcionando evidencia de que las visiones tradicionales basadas en el sexo están evolucionando. Véase *op. cit.*, pp. 1866 y 1875.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 1864.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 1873.

juicio, el cual compartían dependiendo si el sexo del litigante beneficiado por la decisión se correspondía con aquel de la persona encuestada¹⁶.

De ser efectivo el resultado, podríamos afirmar que la presencia de las mujeres en la judicatura –al menos en Estados Unidos– estaría consolidada, sin que existan cuestionamientos a la competencia y autoridad que hoy ejercen las mujeres desde los tribunales.

b) La participación de la mujer en la judicatura

Más allá de la presencia de mujeres en la judicatura –que es más bien un papel pasivo, donde basta detentar el cargo de jueza para producir un cambio–, la participación de las mujeres en la judicatura refiere también a un papel activo, que contribuiría a reducir la discriminación. Esto por cuanto la propia experiencia que tienen como mujer les daría una mayor empatía y conocimiento de los problemas que sufren las mujeres, tanto al decidir sus casos como en el trato dentro de los procedimientos judiciales¹⁷. Adicionalmente, su participación en el sistema judicial les permitiría actuar como “role models” o como una influencia representativa de los intereses de las mujeres, papel que va desapareciendo a medida que las sociedades se hacen más equitativas¹⁸.

Las mismas magistradas serían conscientes de esta función. Por ejemplo, Elaine Martin ha afirmado que tienden a ejercer el papel representativo de su sexo. El postulado lo fundamenta en una investigación empírica en la cual se les consultó directamente a las miembros de la Asociación Nacional de Mujeres Juezas¹⁹, que representan casi la mitad de las del sistema judicial de Estados Unidos. Esta muestra, a su vez, fue comparada con otra de juezas no pertenecientes a la referida asociación²⁰. De las respuestas obtenidas en ambas encuestas realizadas llegó a la conclusión que, como grupo, tienen una autopercepción de estar desempeñando un papel especial en el proceso judicial²¹. Así, los datos mostraron que ellas concordaron en que son un modelo para las abogadas litigantes (98%); que tienen una importante

¹⁶ FIX & JOHNSON (2017), p. 1874.

¹⁷ SHERRY (1986), p. 161.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 162.

¹⁹ La autora explica que esta no es una organización feminista, sino que es una organización inclusiva y bipartidista que incorpora a juezas de todo el espectro ideológico, bajo el compromiso exclusivamente de promover los intereses de las mujeres en su papel de juezas. MARTIN (1993), p. 169.

²⁰ MARTIN (1993), pp. 167-168.

²¹ *Op. cit.*, p. 170.

influencia en la creación de las llamadas “gender bias task forces”²² en las cortes estatales (90%); que trabajan para obtener una sensibilización de los jueces en los casos de discriminación por sexo, y una influencia en los casos que envuelven los denominados “women’s issues” (más de las ¾ partes de las encuestadas); y que la atmósfera de trabajo era diferente al interior de una sala de audiencia presidida por una mujer (casi las ¾ de partes de las encuestadas)²³.

Estos datos, sin duda, dan razón a quienes abogan por la necesidad e importancia de que las mujeres se integren al sistema judicial, pero también podrían dar cuenta de una tendencia hacia un cierto activismo de una agenda que debe ser compatibilizada con otros bienes jurídicos presentes en la sociedad como, por ejemplo, la imparcialidad con que se espera que los jueces decidan los asuntos que son sometidos a su conocimiento.

c) La perspectiva de la mujer en la judicatura

Otros autores han afirmado que aun cuando la ley se encuentra redactada en términos generales y abstractos, en la realidad se encuentra permeada por presunciones y valores basados en una perspectiva masculina:

“Because men have historically dominated law’s making interpretation and administration, law is gendered, but its gendered nature is mistaken for objectivity and impartiality”²⁴,

siendo esta otra razón para incorporar a la mujer a la judicatura. Una segunda razón sería que hombres y mujeres tendrían distintas experiencias de vida que son susceptibles de afectar presunciones que traen al proceso deliberativo de

²² Las denominadas “gender bias task forces” han buscado analizar críticamente el trato y la percepción de mujeres y hombres en el trabajo de las cortes de los distintos ámbitos judiciales. Las “task forces” nacieron bajo el patrocinio de los mismos jueces, con el objetivo de modificar las formas de pensar y actuar para avanzar hacia una justicia de trato igualitario en varios aspectos:

- 1) en el trato de todos los participantes de un proceso judicial;
- 2) en la argumentación de los conflictos jurídicos y en la adjudicación de los hechos;
- 3) en las respuestas a aparentes conductas discriminatorias de abogados y empleadores;
- 4) en la educación continua, incluyendo el intercambio con otros jueces que tienen distintas experiencias y
- 5) a través de la corrección judicial disciplinaria. El principal objetivo de las “task forces” –hasta hoy– es concientizar a los lectores de los reportes que efectúan para alejarse de respuestas basadas en estereotipos fundados en el sexo de una persona, de forma tal de alcanzar una mayor objetividad e imparcialidad. Véase JACKSON (1997).

²³ MARTIN (1993), p. 171.

²⁴ NEAVE (1995), p. 5.

una decisión judicial. Cualesquiera sean las circunstancias concretas de vida que les haya correspondido vivenciar, estas se encontrarían profundamente influenciadas por el sexo de cada uno, de forma tal que las diferencias en la experiencia de vida de hombres y mujeres son mucho mayores que aquellas diferencias existentes entre hombres o entre mujeres²⁵.

Suzanna Sherry aclara que cuando se refiere a la perspectiva de la mujer en la judicatura, se refiere a una perspectiva femenina y no a una perspectiva feminista, entendiéndose por la primera, aquella que no está asociada a una agenda del feminismo, sino que a la perspectiva femenina como una forma de ver el mundo²⁶. Dentro de esta perspectiva, las mujeres se diferenciarían de los hombres en que estos últimos tenderían a verse a sí mismos como más autónomos e independientes de otros, mientras que las mujeres se ven así mismas como fundamentalmente conectadas: “women are essentially members of communities, men are individuals who happen to live in communities”²⁷. Desde esta diferencia, se ha afirmado que el proceso deliberativo es distinto entre hombres y mujeres: mientras los primeros resuelven los conflictos jurídicos bajo un análisis abstracto de los derechos y universal de las normas, las mujeres deciden las mismas disputas menos abstractamente y de forma más contextualizada²⁸.

Esto, sin duda, es un punto a considerar en el análisis del proceso deliberativo de los órganos jurisdiccionales colegiados integrados al menos por una mujer, según se ha recogido en algunos estudios como los que analizamos a continuación.

d) Estudios empíricos sobre la participación de la mujer en la judicatura

Desde la academia se ha tratado de dar respuestas empíricas a la pregunta de si el sexo de los jueces importa a la hora de decidir los casos cuya resolución es sometida a su conocimiento. Sin embargo, si bien ciertos estudios son concluyentes en el sentido que el sexo sí importa en algunos de los niveles del sistema judicial estadounidense, también otros estudios han dado cuenta que tales resultados no son extrapolables a otros sistemas de resolución de controversias o, incluso, a otros sistemas jurídicos.

Por ejemplo, en una investigación acerca de cómo la presencia de juezas en las Cortes de Apelaciones Federales de Estados Unidos –compuestas

²⁵ NEAVE (1995), p. 6.

²⁶ SHERRY (1986), p. 160.

²⁷ *Op. cit.*, p. 163.

²⁸ *Ibid.*

por tres miembros– afecta el proceso de decisión del tribunal en casos de acoso sexual y discriminación por sexo, demostró que el sexo de los jueces sí importa en el resultado de este tipo de juicios. Los datos arrojaron que, si bien los demandantes perdieron en la gran mayoría de los casos, tenían el doble de oportunidades de ganar cuando había una magistrada integrando el tribunal²⁹. Además, la investigación comprobó que también existía un efecto indirecto en la presencia de juezas en tribunales colegiados, ya que sus colegas hombres tenían una tendencia a fallar en favor de los demandantes cuando al menos una mujer compartía el estrado con ellas, independiente de su ideología política³⁰.

Cuatro son las razones posibles en que la autora explica los hallazgos de su investigación, las cuales pueden operar separadamente o en conjunto. Asimismo, como las cuatro apuntan a describir cómo un juez individual puede influenciar el resultado final del juicio, pueden ser aplicadas –en su opinión– a cualquier proceso de toma de decisiones de un tribunal colegiado³¹: La primera razón es la deliberación; la segunda, la deferencia; la tercera, la transacción de votos y la cuarta, la moderación.

Respecto a la deliberación, la autora sostiene que las juezas pueden influenciar la decisión de sus colegas hombres en el proceso deliberativo que es connatural a los órganos colegiados:

“Through deliberation, a female judge, like any member of the panel can persuade her colleagues to side with her. By adding her different preferences to the deliberation, the female judge changes the possible range for the consensus view. Because the panel must ultimately render a decision for or against the plaintiff, this influence translates into a changed final outcome”³².

Agrega que al igual que ciertos estudios han demostrado que agregar o quitar de un panel de jueces a aquellos que tienen un determinado perfil político según el origen de su nominación, de la misma manera agregar una segunda jueza al estrado puede afectar el resultado del juicio más allá de la influencia que puede tener una sola mujer integrando un tribunal colegiado³³. No obstante, lo que sucede en el proceso de deliberación no es suficiente –señala la autora– para explicar por sí mismos los resultados empíricos de su investigación.

²⁹ PERESIE (2005), p. 1761.

³⁰ *Op. cit.*, p. 1778.

³¹ *Op. cit.*, pp. 1779-1781.

³² *Op. cit.*, p. 1782.

³³ *Ibid.*

En cuanto a la deferencia como posible segunda explicación, consistiría en que los jueces adherirían a la decisión de las juezas en casos relativos al género, porque las verían como más creíbles y persuasivas, al basarse en sus puntos de vista, experiencias pasadas o exclusivamente por tener una mirada del propio sexo. Esta hipótesis explicativa según la autora, estaría respaldada por investigaciones en el plano de la psicología que demostrarían que en asuntos donde los hombres consideran o esperan que las mujeres tengan un mayor conocimiento, ellos generalmente apoyan los puntos de vista de las mujeres³⁴. No obstante, los datos analizados no evidenciaron alguna explicación que apunte en este sentido³⁵.

La tercera hipótesis explicativa –la transacción de votos– posiciona a los jueces como actores estratégicos que negocian sus votos con las juezas en los casos de género para, luego, obtener ganancias futuras en otros casos, donde tienen una preferencia más marcada y donde existe una necesidad de una decisión unánime³⁶.

Finalmente, la moderación, es una cuarta hipótesis explicativa que consiste en afirmar que los jueces tenderían a moderar sus inclinaciones contrarias a los intereses del actor en los casos de discriminación por sexo o acoso sexual, ante la presencia de sus colegas juezas.

“Male judges may feel constrained in what arguments or preferences they put forward when a female judge is a member of the appellate panel and, thus, may be less willing to argue vigorously against sex discrimination or sexual harassment claims. Males may even silence themselves out of respect for their female colleagues or because they fear that they will appear biased if they oppose the plaintiff’s claims, particularly where the female judge enthusiastically supports the plaintiff”³⁷.

Explica la autora que esta hipótesis no requiere un efecto directo del sexo en la decisión individual de cada juez, sino que recae en la sola presencia de la jueza en el estrado, de forma tal que los jueces actuarían y decidirían diferente en la presencia de una magistrada que ante la presencia de la compañía exclusivamente de sus colegas hombres. Afirma que esta hipótesis tampoco pudo ser comprobada en los datos de su investigación³⁸.

³⁴ PERESIE (2005), p. 1783. Los estudios a los que hace mención se encuentran en la nota al pie N° 99.

³⁵ *Op. cit.*, p. 1784.

³⁶ *Op. cit.*, p. 1785.

³⁷ *Op. cit.*, p. 1786.

³⁸ *Ibid.*

Cualquiera sea la explicación, la investigación sí logró demostrar de manera empírica que la presencia de juezas en los tribunales colegiados tiene un impacto en la resolución de los litigios recaídos en discriminación por sexo o acoso sexual, dado que los actores tenían una posibilidad significativamente mayor de ganar cuando una mujer integraba el tribunal, incluso independiente de su perfil político (demócrata o conservador)³⁹.

En otra investigación más reciente recaída en los casos de discriminación por sexo resueltos por jueces árbitros pertenecientes a la Asociación Americana de Arbitraje, entre los años 2010 a 2014, se llegó a la conclusión que –a diferencia de lo que han demostrado otros estudios respecto al efecto que tiene el sexo de los jueces en la decisión de casos por discriminación por sexo o acoso sexual– no existe una diferencia significativa entre los parámetros de decisión de las juezas árbitros y de aquellos de sus colegas masculinos⁴⁰. De esta conclusión surge una nueva pregunta, a saber, por qué los patrones de decisión de las juezas árbitros son distintos de aquellos patrones que siguen las magistradas del sistema judicial. La autora del estudio da tres posibles respuestas.

En primer lugar, que en uno y otro caso, quien toma la decisión son mujeres con un perfil claramente distinguible. Por una parte, las mujeres que siguen la carrera judicial en comparación con las juezas árbitro vendrían de contextos educacionales, sociales y políticos muy distintos. De esta forma, las juezas árbitro por lo general tenderían a tener un ejercicio profesional más corporativo, a ser políticamente más conservadoras y a identificarse más con el empleador. De forma adicional, en el proceso de selección de los jueces árbitros de la asociación mencionada, los empleadores tendrían una gran influencia sobre quiénes son seleccionados, unido al hecho de que los arbitrajes son un negocio para el árbitro, lo que significaría que deben dar una cierta satisfacción a los usuarios del servicio que prestan. De esta forma, puede resultar que los árbitros tengan una orientación más proclive al empleador que los jueces de carrera⁴¹.

Una segunda razón que da la autora para explicar los distintos patrones que siguen las juezas árbitro respecto de sus colegas del sistema judicial al conocer de casos de discriminación por sexo, es que el arbitraje es distinto al proceso judicial. Mientras este último se encuentra mucho más reglado y sometido a un sistema de precedentes judiciales que dan una mayor predictibilidad al resultado del juicio, el proceso de arbitraje permite una mayor discrecionalidad. Esto último, significa que las juezas árbitro tomarían con mayor cautela una decisión para evitar ser vistas por sus clientes como emo-

³⁹ PERESIE (2005), pp. 1786-1787.

⁴⁰ CHEW (2017), p. 196.

⁴¹ *Op. cit.*, pp. 210-211.

cionales, irracionales o demasiado sensibles y, por lo mismo, en casos difíciles, serían menos propensas a encontrar responsables a los empleadores, ya sea de discriminación o acoso sexual⁴².

Finalmente, la autora afirma que los casos que se conocen en el sistema judicial son distintos a aquellos que se conocen en un proceso arbitral. Esto debido a que cuando los litigantes optan por uno u otro sistema, tienen en consideración el perfil de los jueces. Así, quienes optan por el sistema judicial, no estarán seguros del resultado del juicio debido a la formación heterogénea de sus jueces; mientras los jueces árbitros tendrían un perfil más homogéneo, con tendencia a decidir en favor del empleador, inhibiendo de esa manera que pueda tener algún efecto el sexo de quién decide el caso⁴³.

Finalmente, Marcia Neave –de la Universidad de Monash, Australia– hizo un estudio comparativo de las investigaciones realizadas en Estados Unidos sobre cómo el sexo de los jueces puede afectar sus decisiones judiciales. Su conclusión fue que no es posible ni aprobar ni desaprobar la hipótesis de que las distintas experiencias entre hombres y mujeres pueden afectar sus decisiones judiciales, o que los jueces y juezas hablan en voces distintas. Lo que los estudios han logrado probar es que existe cierta evidencia que en algunos tipos de casos existe una respuesta sobre la base del sexo, pero que en otros, como los casos criminales, el sexo de los jueces parece tener poca relevancia en la decisión final⁴⁴. Por último, afirma que no puede asumirse que los resultados de las investigaciones hechas a los jueces estadounidenses pueden extrapolarse a países como Australia. Esto, debido a que el proceso de designación de los jueces es menos politizado. Aún más, sostiene que los jueces australianos no estarían dispuestos a participar de un estudio de esa naturaleza, por constituir un desafío a las nociones de objetividad e imparcialidad judicial⁴⁵.

III. LA JURISPRUDENCIA DE LAS MINISTRAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

¿Es posible replicar un estudio como aquellos que se han desarrollado en Estados Unidos al Tribunal Constitucional chileno? En la historia del Tribunal Constitucional solo dos mujeres han detentado el cargo de ministras, y otras dos lo detentan actualmente, de modo que resulta interesante contrastar si en el ejercicio del cargo comparten algunos de los rasgos que se han iden-

⁴² CHEW (2017), p. 213.

⁴³ *Op. cit.*, pp. 214-216.

⁴⁴ NEAVE (1995), p. 16.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 13.

tificado en otros sistemas, como en el estadounidense. En especial, resulta interesante conocer si han tenido una perspectiva de género que las ha llevado a mejorar la posición de la mujer en la resolución de los conflictos que son sometidos a su conocimiento. Para ello, la metodología que se utilizó fue identificar aquellas sentencias que recayeron en conflictos constitucionales donde lo alegado era una discriminación positiva en favor de la mujer, por un lado, o una discriminación arbitraria en su contra, por el otro. Identificada la sentencia, se procedió a determinar la forma en la cual habían votado las ministras que integraban el Tribunal en ese momento, señalando, además, si es que les había correspondido o no ser las redactoras del fallo. Del análisis de estas sentencias extraeremos algunas conclusiones.

Respecto de la primera ministra que tuvo el Tribunal Constitucional, Luz Bulnes Aldunate, no se encontraron sentencias en que le haya correspondido resolver un asunto de la naturaleza como la descrita⁴⁶. Debe recordarse que durante el periodo en que ella integró el Tribunal (1989-2002), este no tenía la atribución de declarar la inaplicabilidad de preceptos legales, como ahora la tiene desde la reforma constitucional del año 2005. De modo que la labor del Tribunal antes de esa reforma, tenía relación fundamentalmente con el control preventivo de constitucionalidad de la ley, ya sea de carácter obligatorio –como el que se ejerce respecto de las leyes orgánicas constitucionales– o facultativo, en el caso de que se presentara un requerimiento durante la tramitación de un proyecto de ley.

Con posterioridad al año 2005, la justicia constitucional se hizo accesible para cualquier ciudadano mediante la acción de inaplicabilidad y, eventualmente, también la de inconstitucionalidad. Con ello comenzaron a llegar casos al Tribunal Constitucional que sí incidían en materias de discriminación por sexo. A eso se suma el hecho de que en los últimos años se comenzó a legislar en Chile sobre materias que implicaban una discriminación positiva a favor de la mujer, normativa que también debió ser revisada por el Tribunal Constitucional.

Hemos agrupado las sentencias encontradas en tres grupos: discriminación en materia de derechos sociales; participación y derecho de familia. Además, hemos agregado un cuadro resumen con el orden cronológico de

⁴⁶ Las sentencias o votos redactados por la exministra Luz Bulnes Aldunate fueron los siguientes roles N°s 167, 165, 203, 226, 245 y 246 (acumulados), 269, 280 (prevención), 220 (disidencia), 279 (prevención), 325, 346 y 146. El año 2000, en la sentencia rol N° 308, al Tribunal Constitucional le correspondió conocer del control preventivo obligatorio del proyecto de ley relativo al derecho de las estudiantes que se encuentran embarazadas o que sean madres lactantes, de acceder a los establecimientos educacionales, hoy ley N° 19.688. No obstante, Luz Bulnes Aldunate no integró en esa oportunidad el Tribunal.

las sentencias analizadas, indicando en cada caso la materia sobre la cual recayó el pronunciamiento; el resultado; cuántas mujeres integraron el Tribunal al momento de resolver y cómo votó cada una de ellas, indicando si les correspondió ser las redactoras de la sentencia, prevención o disidencia a la que concurrieron.

Cuadro resumen N° 1

| STC rol n.º | Materia | Resultado | Mujeres integrando | Voto ministras |
|-------------|--|--|--------------------|--|
| 1710 | Inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la ley N° 18.933 | Acogido | 1 | MPT (redactora), disidencia. |
| 2306 | Inaplicabilidad del artículo 225 del <i>Código Civil</i> . | Acogido parcialmente | 2 | MPT, disidencia (rechazo); MLBB, prevención (acoger totalmente). |
| 2250 | Inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 6° de la ley N° 20.545, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental. | Rechazado | 1 | MPT, con la sentencia. |
| 2357 | Inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 6° de la ley N° 20.545, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental. | Rechazado | 2 | MPT y MLBB (redactora), con la sentencia. |
| 2320 | Inaplicabilidad del artículo 3° letra a), del decreto con fuerza de ley N° 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 27 de agosto de 1981, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares, contenido en el decreto ley N° 307, de 1974. | Acogido | 2 | MPT, con la sentencia. MLBB (redactora), disidencia. |
| 2503 | Inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 6° de la ley N° 20.545, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental. | Rechazado | 2 | MPT y MLBB (redactora), con la sentencia. |
| 2482 | Inaplicabilidad del artículo 6° de la ley N° 20.545, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental. | Rechazado | 2 | MPT y MLBB, con la sentencia. |
| 2777 | Control de constitucionalidad del proyecto de ley que sustituye el sistema binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional. | Son constitucionales las normas que establecen cuotas de género en las elecciones primarias de los partidos políticos. | 2 | MPT (redactora), en prevención. MLBB, en disidencia. |

| | | | | |
|------|--|--|---|--|
| 2776 | Control obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley que sustituye el sistema binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional. | Son constitucionales las normas que establecen cuotas de género en las elecciones primarias de los partidos políticos. | 2 | MPT (redactora), en prevención. MLBB, en disidencia. |
| 2664 | Inaplicabilidad del artículo 3° letra a), del Decreto con Fuerza de ley N° 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 27 de agosto de 1981, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares, contenido en el decreto ley N° 307, de 1974. | Rechazado | 2 | MLBB (redactora), con la sentencia. MPT en disidencia. |
| 2796 | Inaplicabilidad de la letra b) del artículo 57 ter de la ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas. | Acogido | 2 | MLBB, con la sentencia. MPT (redactora), en disidencia. |

a) Jurisprudencia en materia de derechos sociales

El grupo más abundante de fallos en los cuales se pronunció el Tribunal Constitucional en materia de discriminación hacia la mujer, se refieren a derechos sociales, jurisprudencia que sintetizamos a continuación.

Un primer caso en que se invocó la discriminación sobre la base del sexo en perjuicio de la mujer, fue la sentencia rol N° 1710, de 6 de agosto de 2010. En ella, la ministra Marisol Peña Torres votó en contra de la acción de inconstitucionalidad dirigida a impugnar el artículo 38 ter de la ley N° 18.933, que regulaba la aplicación de una tabla de factores en la determinación del precio de los planes de salud, siendo uno de los elementos de su configuración, el sexo de la persona, lo cual perjudicaba especialmente a las mujeres. Cabe destacar que en su disidencia la exministra no desconoció la discriminación contenida en la norma, sino que en su opinión, la acción de inaplicabilidad era la más idónea para resolver en concreto este tipo de casos, no dándose los presupuestos necesarios para declarar –en abstracto– la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Esto, por cuanto no en todos los casos la aplicación de los factores producía una discriminación carente de razonabilidad. Por ejemplo, no en todos los rangos etarios el sexo del cotizante era un factor relevante para determinar el precio del plan de salud.

Un segundo grupo de casos se conocieron luego que se aprobara la ley N° 20.545 el año 2011, que modificó las normas sobre protección a la maternidad e incorporó el permiso de posnatal parental, mejorando sustantivamente el régimen hasta ese entonces vigente. En los años sucesivos se presentó una serie de acciones de inaplicabilidad que buscaban un pronunciamiento sobre si existía una vulneración al trato igualitario entre las

funcionarias públicas que tienen una renta superior al tope del subsidio por concepto de permiso de posnatal parental, en comparación con aquellos funcionarios que tienen una licencia médica y que no están sujetos a tope alguno, percibiendo el total de su renta, lo cual sería particularmente reprochable, por cuanto el criterio diferenciador sería la maternidad. La sentencia rol N° 2250, de 18 de junio de 2013 –a la que concurrió la exministra Marisol Peña– argumentó que el permiso de posnatal parental tenía una naturaleza jurídica diversa al posnatal y a las licencias médicas, que justificaba la diferencia de trato. Un mes después, el Tribunal Constitucional mediante la sentencia rol N° 2357 de 4 de julio de 2013 se pronunció exactamente sobre el mismo conflicto, con el mismo resultado, con la novedad que en esta ocasión el Tribunal contó con la integración de dos mujeres, siendo la ministra María Luisa Brahm Barril la redactora del fallo. En el mismo sentido se fallaron los roles N° 2503 y 2482, ambos del año 2014, siendo el último de ellos redactado por el ministro Juan José Romero.

Otro grupo de sentencias recayeron sobre requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 3° letra a), del decreto con fuerza de ley N° 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 27 de agosto de 1981, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares, contenido en el decreto ley N° 307, de 1974. Dicha norma, establece lo siguiente: “Serán causantes de asignación familiar: a) La cónyuge y, en la forma en que determine el reglamento, el cónyuge inválido”. Específicamente, los requerimientos recaían sobre las expresiones “en la forma que determine el reglamento” e “inválido”. Las requirentes eran funcionarias de carrera del servicio exterior, quienes habían estado destinadas a prestar servicios en el extranjero, y a las cuales se le había desconocido su calidad de beneficiarias de la asignación familiar contenida en el precepto legal impugnado, por una parte, y la calidad de causante de la misma a su cónyuge, por la otra. La sentencia rol N° 2320, de 4 de octubre de 2012 –de la redacción del ministro Juan José Romero– acogió un primer requerimiento, ordenando la inaplicabilidad del precepto legal impugnado en la gestión judicial pendiente, fundado en que la norma establece una diferencia de trato entre el cónyuge hombre y mujer para efecto del pago del beneficio de asignación familiar, sin que esa diferencia resulta razonable en consideración a la finalidad de la norma que sustenta el beneficio de la asignación familiar. Mientras la sentencia fue suscrita por la exministra Marisol Peña Torres, la ministra María Luisa Brahm fue la redactora del voto de minoría⁴⁷. Los argumentos de la disidencia fue-

⁴⁷ La acompañaron en la disidencia, los ministros Iván Aróstica y Domingo Hernández.

ron básicamente –entre varios otros– que la norma establecía un privilegio de mayor magnitud al establecido para la generalidad de los trabajadores chilenos; que la expresión “inválido” es razonable, y su aplicación no genera mayores gravámenes sobre el derecho a la igualdad ante la ley, cuya titular es la requirente, quien ya se encuentra en una situación más favorable frente al resto de las chilenas; y que la ley reprochada ha optado por focalizar los recursos fiscales en los sectores más vulnerables y mayoritarios de la población.

Con posterioridad, el 28 de mayo de 2015, mediante la sentencia rol N° 2664, el Tribunal se pronunció por segunda vez sobre esta misma norma. En esta oportunidad, un cambio en la integración del Tribunal⁴⁸ llevó al rechazo de la acción, correspondiéndole la redacción de la sentencia a la ministra María Luisa Brahm, mientras que la ministra Marisol Peña adhirió al voto redactado por el ministro Juan José Romero, ahora en la disidencia. En este nuevo fallo se profundizaron algunos argumentos, indicando –entre otras razones– que las asignaciones familiares se circunscriben en la seguridad social y, por lo mismo, responden a una contingencia social, relacionada con las cargas familiares que viven a expensas del jefe de hogar (c. 11°). De esta forma, la

“imposibilidad para obtener haberes propios puede afectar particularmente a la cónyuge dueña de casa, y es este estado de carencia lo que la pone en situación de alimentaria y de causante de asignación familiar” (c. 13°).

La sentencia se hace cargo de que la distinción por sexo que hace el legislador para otorgar un beneficio de seguridad social si bien,

“no representa la situación actual de la sociedad, donde la mujer se ha ido incorporando al mundo laboral remunerado, de modo que se den casos en que es ella quien es jefa de familia, en relación con un marido dependiente que se desempeña en el hogar [...] es necesario recalcar que la racionalidad exigida al legislador por la Constitución no consiste en que éste adopte la mejor decisión posible [...]. Todo lo que se exige al legislador es que su decisión sea razonable, vale decir, que se encuentre dentro del abanico de posibilidades que puede sustentarse por medio de la argumentación racional”⁴⁹.

⁴⁸ Mientras en la STC rol N° 2320 estuvo integrado por los ministros: Marisol Peña, Francisco Fernández, Carlos Carmona, Iván Aróstica, Gonzalo García, Domingo Hernández, Juan José Romero y María Luisa Brahm; en la STC rol N° 2664 lo integraron los ministros: Carlos Carmona, Marisol Peña, Raúl Bertelsen, Hernán Vodanovic, Iván Aróstica, Gonzalo García, Domingo Hernández, Juan José Romero y María Luisa Brahm.

⁴⁹ STC rol N° 2664, c. 25°.

Remata señalando:

“es posible argumentar racionalmente que si bien la sociedad ha evolucionado hacia una mayor igualdad sexual, y no obstante lo deseable de esa meta, la situación actual aún dista de aquélla. En otras palabras, la incorporación de la mujer al mundo laboral remunerado aún no iguala a la del hombre, ni cuantitativa ni cualitativamente, y por tanto el legislador tiene la facultad de considerar esta realidad a la hora de legislar, sin que por ello exceda el ámbito de la racionalidad”⁵⁰.

Lo que sí carecería de racionalidad –continúa la sentencia– es entregar un beneficio de seguridad social a quien no representa contingencia social alguna, como sería el caso del varón que no se encuentra inválido.

“Es cierto que la distinción en estudio no es perfecta, por cuanto pueden existir cónyuges hombres no inválidos que presenten la carencia o contingencia social que justifica la asignación familiar, así como cónyuges mujeres que no la requieran. Ello no convierte, sin embargo, la distinción en irracional, sino solo en perfectible”.

La disidencia refuta uno a uno estos argumentos, y vuelve a reafirma la doctrina de la sentencia rol N° 2320.

Otro caso interesante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es la sentencia rol N° 2796, de fecha 24 de diciembre de 2015, que declaró inaplicable el artículo 57 ter letra b) de la ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas. Esta norma disponía el retiro absoluto del personal de tropa profesional luego de enterar el periodo de años de servicio efectivo, por un máximo de cinco años. El caso concreto consistía en un grupo de mujeres, soldados profesionales del Ejército de Chile, que al momento de cumplir el periodo máximo legal de servicio se encontraban haciendo uso de permiso pre o posnatal, o estaban embarazadas, no obstante lo cual, fueron desvinculadas por así disponerlo la Contraloría General de la República en un dictamen dictado al efecto. Alegaban como vulnerado el artículo 19 N° 2° de la Constitución Política de la República. El Tribunal acogió el requerimiento argumentando que la aplicación del precepto legal impugnado sustraía a las trabajadoras de las normas que protegen la maternidad, dejándolas en una situación desmejorada, sin una genuina igualdad en el acceso al empleo. La exministra Marisol Peña estuvo en la disidencia, la cual redactó, argumentando que las funcionarias requirentes las rige un estatuto que contiene una diferencia objetiva en relación con otros tipos de

⁵⁰ STC rol N° 2664, c. 26°.

servidores, que justifica que no se le apliquen las normas relativas a la protección de la maternidad, dado que esta última debe ser compatible con la naturaleza de la institución a la cual, libre y voluntariamente, se ha optado pertenecer y bajo una modalidad precisa. En este caso, la tropa profesional sería una planta transitoria que permite acceder a otras plantas permanentes de las Fuerzas Armadas, cuestión que las requirentes no hicieron.

Finalmente, dado el reciente nombramiento de la ministra María Pía Silva, le ha correspondido integrar el Tribunal solo en un caso de discriminación hacia la mujer, a saber el expediente rol N° 5275, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 24 de la ley N° 15.386 sobre revalorización de pensiones, el cual al 25 de octubre de 2019, se encuentra en acuerdo, correspondiendo la redacción a dicha Ministra y a la ministra María Luis Brahm⁵¹.

b) Jurisprudencia en materia de participación de la mujer.

La sentencia rol N° 2777, de 30 de marzo de 2015, se pronunció en virtud de la atribución del artículo 93 N° 3° de la Constitución, sobre el proyecto de ley que sustituye el sistema electoral binominal por un sistema electoral de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representación del Congreso Nacional. Dentro de las normas contenidas en el proyecto de ley, fueron declaradas constitucionales aquellas relativas a las llamadas “cuotas de género” en las elecciones primarias de candidatos a diputados y senadores, por cuanto se trata de una acción afirmativa destinada a asegurar la efectiva igualdad ante la ley respecto de aquellos grupos o colectivos

“cuya subordinación es histórica o prolongada, situación que los ha debilitado severamente, obligando a corregir o compensar dicha secular desventaja”⁵².

Dentro de esos grupos estarían precisamente las mujeres. Ninguna de las dos ministras que integraban en ese momento el Tribunal adhirió a la sentencia. Así, por una parte, la exministra Marisol Peña en una prevención estimó que la norma no era inconstitucional, dado que cumplía la finalidad de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile, específicamente, mediante la suscripción de la Cedaw y, por la otra, porque no existe una pugna clara o patente con el artículo 19 N° 2° de la Constitución,

⁵¹ Información obtenida desde www.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/Causas-en-Acuerdo_25_09_2019.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].

⁵² STC rol N° 2777, c. 28°.

“desde el momento en que la referida cuota está llamada, precisamente, a contribuir a la eficacia del valor constitucional de la igualdad de hombres y mujeres ante la ley, en este caso, en lo que se refiere a su participación en la vida pública del país”⁵³.

Finalmente, la ministra María Luis Brahm votó con la disidencia, estimando inconstitucionales las normas por contravenir, entre otras normas, el artículo 19 N° 2°, por cuanto no existiría justificación constitucional

“para una discriminación a favor de determinado grupo constituido por mujeres, respecto de los hombres, o viceversa, cuando a las personas, nuestra Carta Fundamental, en su artículo 1°, les ha reconocido igualdad en su dignidad y derechos, reforzando, en el N° 2 de su artículo 19, la igualdad de mujeres y hombres”⁵⁴.

Los mismos argumentos fueron reiterados en la sentencia rol N° 2776 que se pronunció sobre el control preventivo obligatorio del mismo proyecto de ley.

c) Jurisprudencia en derecho de familia

Con fecha 30 de mayo de 2013, en la sentencia rol N° 2306 el Tribunal declaró la inaplicabilidad de una parte del inciso tercero del artículo 225 del *Código Civil*, la cual señalaba –antes de su modificación legal– “cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada”. Ella se refiere al criterio de atribución sobre la base del cual el juez de familia debe decidir el cuidado personal del hijo entregándoselo al otro padre, en caso de que estos vivan separados. El fundamento de la inaplicabilidad estuvo en que la regla de atribución del inciso tercero resultaría excesivamente onerosa y desproporcionada para aquel de los padres que, no teniendo el cuidado personal de los hijos, aspira a tenerlo,

“pues exige la ocurrencia de circunstancias tan altas y calificadas que constituyen una diferencia de trato que cabe calificar de arbitraria y que no tiene amparo en la Constitución”⁵⁵.

En el voto suscrito por la ministra María Luisa Brahm, se estuvo por declarar también la inaplicabilidad el inciso primero del artículo 225 que disponía “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los

⁵³ STC rol N° 2777, c. 21° del voto particular.

⁵⁴ *Op. cit.*, c. 45°, del voto particular.

⁵⁵ STC rol N° 2306, c. 20°.

hijos”. Uno de los varios fundamentos de ese voto estuvo en que la norma sería inconstitucional porque discrimina contra la mujer al ser una regla que

“facilita la elusión de obligaciones parentales del padre puesto que la separación deviene indefectiblemente en custodia maternal. No hay opción para la madre cuando tiene una atribución legal que le asigna responsabilidades que un padre las asume como excluyentes de toda correlación personal suya. Le toca, quiera o no quiera, pueda o no pueda”⁵⁶.

En tanto, el voto suscrito por la exministra Marisol Peña, argumenta que las reglas de atribución del cuidado personal de los hijos resultan ser lógicas dado que operan solo en caso de que no exista acuerdo entre los padres, y están inspiradas en el interés superior del niño que es el bien jurídico de mayor relevancia en juego, sin que se vislumbren los efectos inconstitucionales denunciados.

Cuadro resumen N° 2

| | |
|--|---------------------------|
| Número de sentencias en que las ministras integrantes estuvieron en votos opuestos | cinco de un total de diez |
| Número de sentencias en que las ministras integrantes compartieron un mismo voto | 3 de un total de diez |
| Número de sentencias redactadas por una ministra | 3 de un total de once |
| Número de votos particulares redactados por una ministra | 5 de un total de once |
| Número de sentencias en que el caso se resolvió a favor de la mujer | 5 de un total de once |

De todas las sentencias analizadas se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- 1) en la mayoría de los casos, la exministra Marisol Peña y la ministra María Brahm estuvieron en votos opuestos (STC roles N°s 2306, 2777, 2776, 2664 y 2796) y solo en un grupo de casos estuvieron en el mismo voto (STC roles N°s 2357, 2503 y 2482);
- 2) de las once sentencias analizadas, solo en tres a una Ministra le correspondió la redacción del fallo (STC roles N°s 2357, 2503 y 2664), específicamente, en todas ellas, la redacción recayó en la ministra María Luisa Brahm;
- 3) respecto a los votos particulares –prevenciones o disidencias– cuatro fueron redactados por la exministra Marisol Peña (STC roles N°s 1710, 2777, 2776 y 2796) y una por la ministra María Brahm (STC rol N° 2320);

⁵⁶ STC rol N° 2306, c. 23° del voto particular.

- 4) respecto a la decisión, en cuatro oportunidades la exministra Marisol Peña decidió en favor de requerimientos que favorecían a la mujer (STC roles N^{os} 2320, 2777, 2776, 2664), mientras que la ministra María Brahm lo hizo en dos oportunidades (STC roles N^{os} 2306 y 2796);
- 5) finalmente, de las once sentencias examinadas, solo en cinco oportunidades se resolvió el caso en favor de la mujer (STC roles N^{os} 1710, 2320, 2777, 2776 y 2796).

IV. CONCLUSIÓN

Del análisis de los casos jurisprudenciales recaídos en discriminación a la mujer, se puede concluir que no es posible afirmar que el llamado “judges’ gender effect” ha tenido un reflejo en las decisiones de las ministras del Tribunal Constitucional. Esto se pudo probar identificando la forma en cómo las juezas constitucionales decidieron cada caso, lo cual demostró que en la mayoría de ellos estuvieron en votos opuestos. En consecuencia, no fue posible comprobar que por el hecho de ser mujeres ejerzan un papel representativo de su sexo influenciando la deliberación del Tribunal en favor de la mujer, a través de una sola voz femenina. Asimismo, cuando a una de ellas le correspondió ser la redactora de la sentencia, el caso siempre se decidió en perjuicio de la mujer, lo que –junto a lo anterior– denota distintas perspectivas del derecho y la forma en cómo este debe ser interpretado, independiente del sexo de quien juzga.

Ante estos hallazgos hacemos nuestras las reflexiones de Marcia Neave ante la pregunta sobre si deberían existir más mujeres en los tribunales para mejorar la calidad de la justicia en temas de discriminación a la mujer. Para dicha autora, la pregunta es en sí misma controversial al desafiar las nociones tradicionales de la imparcialidad y la objetividad judicial⁵⁷. Sin embargo, la falta de evidencia de que mujeres y hombres hablen desde diferentes perspectivas, no impide argumentar en favor de una mayor designación de mujeres como juezas en los órganos jurisdiccionales. Su importancia radica –entre otras muchas razones– en el principio llamado “reflejo justo” (“fair reflection”), por cuanto su integración al sistema judicial permitiría reflejar de una forma mucho más fidedigna la composición de la sociedad, lo que contribuye en esencia a la mantención de la confianza pública en el Poder Judicial⁵⁸.

⁵⁷ NEAVE (1995), p. 14.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 16.

Es de esperar que este sea el criterio que inspire el actual sistema de designación de los ministros del Tribunal Constitucional chileno, el cual, en nuestra opinión, no necesita de un sistema de cuotas para hacerlo realidad. Así ha quedado demostrado con las designaciones hechas por el Presidente de la República y la Corte Suprema en el último tiempo, y que han dado lugar, además, que dos mujeres detenten el cargo de presidentas del Tribunal Constitucional. Es de esperar que la misma sensibilidad sea acogida en las designaciones que corresponden a los órganos que componen al Congreso Nacional, permitiendo, de esa forma, a destacadas juristas participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- CHEW, Pat K. (2017): "Comparing the effects on judges' gender and arbitrators' gender in sex discrimination cases and why it matters", in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 32, N° 2: pp. 195-218.
- FIX, Michael P. & Gbemende E. JOHNSON (2017): "Public perceptions of gender bias in the decisions of female State Court judges", in *Vanderbilt Law Review*, vol. 70, N° 6: pp. 1845-1886.
- JACKSON, Vicki C. (1997): "What judges can learn from gender bias task force studies", in *Judicature*, vol. 81, N° 1: pp. 15-21.
- MARTIN, Elaine (1993): "The representative role of women judges", in *Judicature*, vol. 77, N° 3: pp. 166-173.
- MOWBRAY, Alastair (2008): "The consideration of gender in the process of appointing judges to the European Court of Human Rights", in *Human Rights Law Review*, vol. 8, N° 3: pp. 549-559.
- NEAVE, Marcia (1995): "The gender of judging", in *Psychiatry, Psychology and Law*, vol. 2, N° 1: pp. 3-24.
- PERESIE, Jennifer L. (2005): "Female judges matter: Gender and collegial decision-making in the federal appellate courts", in *Yale Law Journal*, vol. 114, N° 7: pp. 1759-1790.
- SHERRY, Suzanna (1986): "The gender of judges", in *Law and Inequality: A journal of theory and practice*, vol. 4, N° 1: pp. 159-170.
- ZÚNIGA, Alejandra, Daniela AGUILERA y Andrea VÁSQUEZ (2007): "Lejos del poder. Hacia la implementación de una ley de cuotas en Chile", en *Revista de Derecho*, vol. XX, N° 2: pp. 9-30.