

ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

AÑO XXI, N° 41 – ENERO 2020



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

Actualidad Jurídica
es una publicación semestral de la Facultad de Derecho
de la Universidad del Desarrollo

ISSN 0717-5914

Director
Gonzalo Rioseco Martínez

Secretario de Redacción
José A. Riquelme González

Asistente de Redacción
Fairús K. Docmac Larraín

Consejo Editorial

Hugo Rosende Álvarez	Julio Alvear Téllez
Jorge Ogalde Muñoz	Camila Boettiger Philipps
Bruno Caprile Biermann	Cecilia Alcalde Prieto
Sergio Verdugo Ramírez	Raúl Campusano Droguett
José Manuel Díaz de Valdés Juliá	

Representante Legal
Federico Valdés Lafontaine

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan
necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista

Ediciones Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo,
Las Condes. Santiago de Chile

Impresión
Versión, Producciones Gráficas Limitada

ÍNDICE DE CONTENIDOS

• Presentación	7
----------------------	---

I. TEMA CENTRAL: MUJER Y DERECHO

• Semblanza. Una mujer que dejó huella en el Derecho chileno: Olga Feliú Segovia (1932-2017) (Camila Boettiger Philipps y Jaime Carrasco Poblete)	13
• Género y publicaciones académicas (Gráinne de Búrca, Michaela Hailbronner y Marcela Prieto Rudolph)	17
• La ley N° 20.348 y su efecto como tutela efectiva de la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres (Paulina Lobos Herrera)	35
• Las decisiones de las ministras del Tribunal Constitucional en materia de discriminación a la mujer (Catalina Salem Gesell)	53
• Mujer y género en Derecho Internacional Ambiental (Raúl F. Campusano D. y Verónica Venegas Díaz)	75
• Participación laboral femenina y sus brechas salariales respecto de los hombres: una mirada más optimista (Rocío Cantuarias Rubio)	107
• Thatcher y Merkel: Mujeres claves en el proceso de integración europea (Paulina Astroza Suárez y María José Vásquez Venegas)	143
• Problemas dogmáticos y político-criminales del tratamiento penal del femicidio en Chile (Pablo Castillo Montt)	167
• Mujeres en los directorios de empresas (Matías Pascuali)	189
• Derechos de la mujer. Avances y desafíos pendientes (Ana María García Barzelatto)	203
• Acerca del concepto de estereotipos en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Un aporte para el abordaje de causas de violencia a mujeres (Ximena A. Gaudiché Marchetti)	217
• Mujer y Derecho: legislación y realidad (Marisol Turres)	241

II. ESTUDIOS Y ENSAYOS

• “Fortalecimiento del Estado de Derecho y Tribunal Constitucional” (José Manuel Díaz de Valdés Juliá)	263
• Pensiones de sobrevivencia, funcionamiento y efectos cruzados (Andrés Romero Werth)	275
• La declaración de nulidad procesal a petición de parte o de oficio y los límites impuestos por los tipos de convalidación (Jaime Carrasco Poblete)	293
• El principio precautorio y la eficacia del Derecho en el cuidado del ambiente y la salud: el caso del asbesto en Chile (Leticia Suárez Donaire y Edgar Malebrán Guerra) ...	331

- Algunos problemas (sin solución) acerca del tratamiento de la insolvencia de grupos empresariales: Análisis de precedentes y propuestas de reforma legal (Eduardo Godoy Hales y Ricardo Reveco Urzúa)..... 347

III. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- Acción resolutoria: Comentario de sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 30 de mayo de 2019, sobre “la titularidad para ejercer la acción resolutoria” (Fernando José Rabat Celis e Ignacia Vicuña Alessandri) 367
- Fe de erratas en un comentario de jurisprudencia (Emilio Rioseco Enriquez)..... 379

IV. LIBROS, RESÚMENES Y RECENSIONES

- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Universidad del Desarrollo, n.º 15, octubre de 2019 383
- Índice revista *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, N° 43 de 2019 385

PRESENTACIÓN

Durante el primer semestre del año 2019, en Chile y en el mundo se vivió un fenómeno que puso relevancia en los múltiples roles que las mujeres tienen en la sociedad.

Este nuevo número de *Actualidad Jurídica* ha buscado contribuir a este debate sobre la base de doce artículos que abordan la relación entre las mujeres y el Derecho, desde las múltiples perspectivas que ofrecen las distintas disciplinas de esta ciencia jurídica.

Así, este N° 41 de nuestra revista, comienza con una semblanza a la connotada jurista Olga Feliú, recordando su enorme aporte a este país, desde las diferentes dimensiones en que ejerció su admirable carrera, hasta el sentido recuerdo de su carisma, inteligencia y honorabilidad. Un esfuerzo motivado por Hugo Rosende, Jaime Carrasco y Camila Boettiger.

En cuanto a materias del Tema Central, la revista comienza con el trabajo de las destacadas abogadas Gráinne de Búrca, Michaela Hailbronner y Marcela Prieto Rudolph y la brecha de género existente en distintos ámbitos de la academia, tales como la representación de mujeres en el profesorado, el salario y la sobrecarga laboral. Por otra parte, la abogada de la Universidad del Desarrollo, Paulina Lobos, plantea que la ley que buscó resguardar el derecho a la igualdad en las remuneraciones, publicada hace poco más de diez años, no ha constituido una tutela efectiva de la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, sobre la base de la evidencia jurisprudencial. Luego, Catalina Salem nos ofrece un interesante análisis para conocer si ha existido alguna discriminación favorable a las mujeres, por parte de las ministras del Tribunal Constitucional, por el hecho de compartir el mismo género.

En lo que respecta al Derecho Internacional Ambiental, los abogados Verónica Venegas Díaz y Raúl Campusano buscan aproximarse a los temas relacionados con mujeres en esta rama del derecho, señalando cómo estas han participado en la elaboración de normas jurídicas internacionales y su presencia en instancias de relevancia global, tales como organizaciones no gubernamentales ambientales.

Sin duda alguna, la participación femenina en el mercado laboral y las brechas salariales respecto de los hombres son un tema de interés. La abogada Rocío Cantuarias nos invita a conocer sus propuestas para reducir estas diferencias.

La historia nos permite conocer cómo las instituciones que hoy conocemos fueron creadas. Bajo esa idea, la constitución de la Unión Europea

tuvo dos grandes y fundamentales partícipes: Margaret Thatcher y Ángela Merkel. Aunque en tiempos y circunstancias diferentes, ambas fueron clave para la creación y consolidación de esta importante organización.

En lo que se refiere al Derecho Penal, Pablo Castillo Montt, analiza críticamente la forma de abordar una discriminación penal sobre la base del género de la víctima, intentando demostrar que se estos y los esfuerzos posteriores basados en la misma idea, puede resultar no ser la mejor opción para el objetivo que se pretende y, además, ir en contra de la Constitución.

Matías Pascuali aborda un asunto que llama la atención: la presencia de mujeres en los directorios de empresas chilenas, comparando la situación de estas en otros países. A su vez, Ana María García, presidenta de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, nos muestra un panorama general de los avances que ha tenido el reconocimiento de los derechos de la mujer en el mundo y cómo la regulación nacional se ha ido adecuando a los avances observados.

Ximena Gauché presenta un trabajo que sostiene la utilidad de identificar los estereotipos que pueden presentarse en un caso sometido a juzgamiento y asume que los desarrollos internacionales en la materia son estándares internacionales que pueden ser observados por los tribunales chilenos en causas de violencia.

Finalmente, en lo que respecta al Tema Central, la abogada Marisol Turres describe los avances legales en materia de discriminación positiva en el país y sus efectos, sobre la base de diferencias por género.

En nuestra sección de Estudios y Ensayos, el director del Centro de Justicia Constitucional, José Manuel Díaz de Valdés, presenta las tres tesis que se discutieron en el seminario organizado por esta casa de estudios “Fortalecimiento del Estado de Derecho y Tribunal Constitucional”, llevado a cabo en julio de 2019.

Luego, Andrés Romero aborda una materia de permanente presencia en nuestros ejemplares: las pensiones. En particular, aborda el funcionamiento de las pensiones de sobrevivencia y los desafíos para mejorar que ofrece su funcionamiento. Jaime Carrasco se refiere a la declaración de nulidad procesal a petición de parte o de oficio y los límites impuestos por los tipos de convalidación en el derecho procesal. Por su parte, Leticia Suárez y Edgar Malebrán, plantean una necesidad de contar con un adecuado marco regulatorio y constitucional para la protección jurídica de los derechos fundamentales a la salud y a vivir en un ambiente libre de contaminación.

En cuanto al tratamiento de la insolvencia de grupos empresariales, los abogados Eduardo Godoy y Ricardo Reveco, sugieren avanzar hacia la consolidación patrimonial entre la empresa y sus propietarios, planteando que de dicha forma se asegura un mejor nivel de responsabilidad.

Nuestra última sección, sobre Comentarios de Jurisprudencia, Fernando Rabat, junto con Ignacia Vicuña, abordan con claridad un fallo que se ajusta a la idea de la independencia de la acción indemnizatoria. Para cerrar, Emilio Rioseco comenta el trabajo de Aníbal Korn, publicado en el anterior número de *Actualidad Jurídica*, titulado “La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido en el marco de los incumplimientos recíprocos”.

Todos estos esfuerzos académicos aquí publicados, tienen la fuerza para contribuir a los actuales debates de la comunidad jurídica, enriqueciendo, esperamos, la discusión pública y de la Academia.

EL DIRECTOR

TEMA CENTRAL

“MUJER Y DERECHO”



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

UNA MUJER QUE DEJÓ HUELLA EN EL DERECHO CHILENO: OLGA FELIÚ SEGOVIA (1932-2017)*

*Camila Boettiger Philipps***

*Jaime Carrasco Poblete****

En el ámbito del Derecho en nuestro país, las mujeres han cumplido diferentes papeles: juezas, abogadas asesoras o litigantes, académicas, funcionarias de la Administración Pública, asumiendo cargos políticos, en asociaciones gremiales, en fundaciones. Como parte del tema central de esta edición de la revista *Actualidad Jurídica*, “Mujer y Derecho”, queremos recordar una de las mujeres que, sin duda, dejó huella en varios de esos roles: doña Olga Feliú Segovia.

Nació en Santiago, el 20 de agosto de 1932. Sus padres fueron Miguel Ángel Feliú, argentino, y María Segovia, madrileña.

Su educación básica y media la realizó en el colegio Santa Elena de Santiago. De fuerte carácter e independencia, a los dieciséis años abandonó el colegio de las monjas argentinas en un acto de rebeldía, porque su papá no le permitía caminar sola al colegio. Pero también práctica y razonable, recapacitó, pues se dio cuenta que sería la única de sus hermanos que no iría a la universidad.

Entró a la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, titulándose de abogada el 14 de enero de 1963, con excelentes calificaciones. Fue una destacada estudiante y sus estudios de derecho civil y penal fueron muy importantes en su formación profesional. Recordaba siempre a sus profesores Eugenio Velasco, Alberto Echavarría, y en derecho penal, Álvaro Bunster. Su memoria de grado la realizó sobre “Los efectos del matrimonio y de su nulidad en el Derecho Administrativo”¹.

* Véase, también, RIOSECO (2017), pp. 9-10.

** Camila Boettiger es abogada y doctora en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y directora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: cboettiger@udd.cl

*** Jaime Carrasco es abogado y doctor en Derecho de la Universidad de Los Andes y profesor investigador de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jaimecarrascop@udd.cl

¹ Véase Biblioteca Digital de la Universidad de Chile. Disponible en <http://bcn.cl/290pk>

La mayoría la conoce por papel rol profesional, como abogada, parlamentaria, presidenta gremial, asesora, académica. Pero además de esa participación en la vida pública y profesional, era una mujer con un profundo compromiso con su familia y amigos.

Fue muy querendona de toda su familia, siendo la menor de cinco hermanos; tuvo una niñez feliz con mucho afecto de sus padres y de sus hermanos Andrés, Felix y Juan, y su única hermana Marujita. Disfrutó de un ambiente familiar que incluía a tías y tíos maternos, cultos y con múltiples intereses. Gran lectora desde su infancia, sabía de memoria muchos poemas, fábulas o trozos de zarzuelas que traía a cuento para resaltar una opinión o punto de vista, o para ponerle un poco de humor a la conversación.

Contrajo matrimonio con Waldo Ortúzar Latapiat, quien fue un conocido abogado, profesor de derecho procesal y Fiscal Nacional Económico. Tuvieron cuatro hijos: María Olga, Mónica, Waldo y Juan. Sus hijos la recuerdan como una madre cariñosa y cercana, que a pesar de su carga de trabajo siempre se preocupó de estar en contacto y sintonía con cada uno de ellos y pendiente de sus necesidades. Junto a su marido formaron una pareja acogedora que recibía e invitaba a su casa a familiares y amistades. Después de enviudar, continuó reuniendo a la familia todos los domingos, e invitando también a sus cuñados².

Elegante y femenina, le encantaban las flores; compraba ramos grandes con los que adornaba su casa. De carácter optimista y alegre, olvidaba pronto los malos ratos, y no guardaba resentimientos. Jamás se quejaba ni se abatía. Estaba abierta a los cambios y a las novedades, y tenía vivo interés por los sucesos del mundo y la actualidad.

También tenía un gran sentido de responsabilidad social. Cristiana observante y practicante, se preocupaba genuinamente del bienestar de todos quienes la rodeaban. Fue generosa con sus talentos, trabajó *ad honorem* en muchas oportunidades; y si veía que estaba a su alcance solucionar un problema o aportar en ello, lo hacía sin aspaviento. Respetuosa de las personas y de sus opiniones, era directa en su trato, pero nunca fue hiriente con nadie.

Fue esforzada y trabajadora. Su vida laboral comenzó mientras estudiaba derecho. Combinó sus estudios universitarios con un trabajo en la Contraloría General de la República, donde ingresó en el último grado del escalafón, junto a su compañera y después cuñada Lucía Ortúzar. En efecto, en 1954 ingresó a la Contraloría General de la República donde ejerció diversos cargos como los de oficial administrativo, luego abogada de la misma entidad (1963), jefe del Subdepartamento de Coordinación e Informa-

² Para conocer sus aspectos familiares se consultó a sus hijos: María Olga, Mónica, Waldo y Juan, todos Ortúzar Feliú.

ción Jurídica (1967) y, finalmente, asumió el cargo de Jefe del Departamento de Toma de Razón y Registro (1974), el cual ejerció hasta 1980. En la Contraloría también se formó con grandes juristas como Enrique Silva Cimma, Héctor Humeres y Leopoldo Macías.

En lo académico, en 1968, en paralelo a otras actividades, se desempeñó como ayudante de la asignatura de Derecho Penal del profesor Álvaro Bunster, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Llegó al ámbito político cuando fue designada senadora por la Corte Suprema en su calidad de exjefa de Departamento de la Contraloría General de la República, asumiendo el cargo desde marzo de 1990 hasta 1998.

En su periodo senatorial fue miembro de la Comisión Permanente de Educación, Ciencia y Tecnología; de la de Salud; de Economía y Comercio; de Régimen Interior y de la Comisión Permanente Revisora de Cuentas. Paralelamente se integró a la Comisión Bicameral encargada de la modernización del Congreso y a la Comisión Especial Mixta de Presupuesto de la Nación. Participó en la discusión de diversos proyectos de ley dentro de los cuales ella destacó, entre muchos, el de la Reforma Procesal Penal, el de elección de los alcaldes, y presentó un proyecto de ley para que los chilenos que residían en el extranjero pudieran votar (el cual no se aprobó)³.

Con un intelecto y memoria privilegiados, citaba de forma textual todas las leyes y reglamentos por su nombre y número. En el ámbito político, sus posiciones eran conocidas, y pese a discutir con muchos de sus pares en el Congreso lo hacía con argumentos; nunca pasó de la discusión de las ideas a hacerlo personal o agraviar a algún adversario. Cuentan que sus colegas senadores de bancadas opuestas le decían: "Olguita, eres lejos la mejor senadora; ¡Sólo falta que te elijan!", por su calidad de senadora designada⁴.

Posteriormente, en marzo de 2015, la presidenta Michelle Bachelet la nombró miembro del Consejo Asesor Presidencial Contra la Corrupción y Conflictos de Interés.

Como abogada, durante muchos años ejerció de manera libre la profesión. Fue socia fundadora junto a su marido del estudio Ortúzar, Feliú & Sagües y, posteriormente, en 1998 después de cumplir su labor parlamentaria como senadora formó su propia oficina Consultora Feliú y Asociados, la cual, después de su fallecimiento continuó funcionando a cargo, entre otros, de su hija María Olga Ortúzar Feliú y de su nieto Orlando Poblete Ortúzar. Ahí ejerció representando de modo judicial a numerosas personas naturales

³ Véanse las entrevistas a exparlamentarios. Disponible en www.bcn.cl/historiapolitica/entrevistas/detalle.html?handle_hc=10221.1/12661

⁴ DELAVEAU (2017).

y jurídicas, chilenas y extranjeras y emitiendo su opinión jurídica en diversos congresos, foros, seminarios, universidades, etc. Detallista y estudiosa, revisaba una y otra vez los escritos e informes (que hacía en lápiz y papel, ya que no usaba computador), cotejando y verificando todas las notas a pie de página; así se encontró más de una vez con jurisprudencia inexistente y autores fantasmas en los escritos de sus contrapartes⁵.

También dejó su impronta en el ámbito gremial. Desde 1999 fue consejera del Colegio de Abogados y entre 2011 y 2015 fue la primera presidenta del Colegio de Abogados de Chile. Muy respetada por sus colegas y también en tribunales, cuenta un consejero del Colegio de Abogados que una vez la acompañó, como presidenta del mismo, a una entrevista con el presidente de la Corte Suprema. Al ingresar al edificio del Palacio de Tribunales, el consejero tuvo que ingresar por el control de Gendarmería, mientras que a ella bajó a recibirla el edecán del máximo tribunal.

Luego en el año 2016 fue nombrada presidenta del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Falleció el 25 de junio de 2017.

Olga Feliú Segovia fue una jurista connotada, carismática, respetada y honorable. Disfrutaba mucho su trabajo y el estudio de los temas jurídicos, que le entretenían y desafiaban. En los diversos cargos y papeles que desempeñó tanto como mujer, madre, cónyuge, y en el ámbito profesional en la Contraloría General de la República, en el Senado, en la Presidencia del Colegio de Abogados, en la Presidencia del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, y como abogada, dejó huella por su gran capacidad, inteligencia y liderazgo y también por su buen humor, calidez y generosidad. Una mujer que de distintas formas, dejó su huella en el derecho chileno.

BIBLIOGRAFÍA

DELAVEAU, Rodrigo (2017): "Informando a Olga Feliú", en *Revista Capital*. Disponible en www.capital.cl/informando-a-olga-feliu/

RIOSECO, Gonzalo (2017): "In Memoriam Olga Feliú Segovia vda. de Ortúzar (Q.E.P.D)" en *Actualidad Jurídica*, n.º 36, julio: pp. 9-10.

⁵ DELAVEAU (2017).

GÉNERO Y PUBLICACIONES ACADÉMICAS

GENDER AND ACADEMIC PUBLISHING*

*Gráinne de Búrca***
*Michaela Hailbronner****
*Marcela Prieto Rudolph*****

RESUMEN: Este ensayo discute la brecha de género existente en distintos ámbitos de la academia. Comienza por examinar las cifras actuales, las cuales indican que las mujeres se encuentran subrepresentadas en el profesorado, como exponentes en conferencias y en publicaciones. También destaca la brecha que existe en el salario y la sobrecarga de las mujeres en labores administrativas y en el hogar. En vista de este panorama, este ensayo pretende, por un lado, enfatizar la existencia del problema de género en la academia y, por otro, sugerir soluciones que la comunidad académica, y, en particular, las revistas académicas, pueden adoptar para comenzar a abordar el problema.

PALABRAS CLAVES: Género - Mujeres - Academia - Publicaciones académicas.

ABSTRACT: This essay discusses the “gender gap” that exists in academia. It begins by examining the available statistics, which suggest that women are under-represented among tenured professors, as speakers in conferences, and

* Este ensayo es una versión revisada y traducida de “Gender and Academic Publishing”, editorial publicada en el *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, N° 3, 2019. Agradecemos a Paloma A. Pérez López, por su labor como ayudante de investigación.

** Florence Ellinwood Allen Professor of Law, New York University (NYU); Faculty Director, Hauser Global Law School; Directora del Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, NYU; editora en jefe del *International Journal of Constitutional Law*. Correo electrónico: grainne.deburca@nyu.edu

*** Profesora de derecho público y derechos humanos, Universidad de Giessen (Alemania); editora de reseñas de libros, *International Journal of Constitutional Law*. Correo electrónico: Michaela.Hailbronner@recht.uni-giessen.de

**** Fellow in Transnational Law, USC Gould School of Law; candidata a doctora en derecho, NYU; editora asociada, *International Journal of Constitutional Law*. Correo electrónico: mprieto@law.usc.edu

in publications. It also emphasizes the gender pay gap and the fact that women are overburdened by administrative work in universities and by domestic work at home. In light of this, this essay aims, on the one hand, to keep the issue of gender alive and at the forefront of our minds, and on the other, to suggest solutions that the academic community, and in particular, academic journals, can adopt to address the issue.

KEYWORDS: Gender - Women - Academia - Academic publishing.

1. INTRODUCCIÓN

En este ensayo, nos hacemos una pregunta que ya se ha hecho en otros contextos: ¿dónde están las mujeres en la academia, y a las que están, cómo les va?¹.

Al hacer estas preguntas, y no otras, estamos conscientes de que hay más por decir y discutir respecto de la diversidad y la igualdad en la academia en muchas otras dimensiones, incluyendo origen étnico, LGBTQ+ estatus, discapacidades y clase social, entre otras. Con algo de pesar, pero también atentas a nuestras limitaciones, en esta ocasión solo discutiremos el problema concerniente a las mujeres.

Las mujeres, como bien sabemos, rutinariamente viven experiencias de violencia, discriminación y hostilidad, las cuales se manifiestan de diversas formas, tanto estructurales como individuales; desde los casos más extremos de violencia doméstica, violación y acoso sexual², hasta las más sutiles, pero no por eso menos comunes, formas diarias de discriminación y menosprecio. La academia, aunque privilegiada de manera relativa en relación con otras esferas sociales, no es tan diferente en este aspecto en comparación a otros ámbitos de la vida. Mujeres que se desempeñan dentro de facultades, departamentos de estudios de posgrado y universidades se enfrentan a acoso sexual, abuso e, incluso, violación³, así como también a formas menos visibles, pero igualmente generalizadas, de discriminación de género, sesgos y misoginia.

¹ Véase BELL & O'ROURKE (2007); CHARLESWORTH (1999).

² Véase ARCHER (2000).

³ ROSENFELD (2015); NELSON *et al.* (2017); CANTOR *et al.* (2015); BATTY *et al.* (2017); WEALE & BATTY (2016).

2. MUJERES EN LA ACADEMIA: LAS ESTADÍSTICAS

Las mujeres están bastante subrepresentadas en posiciones académicas⁴, y más aún en los niveles más altos de la jerarquía académica, a pesar de los iguales números de hombres y mujeres que se destacan como estudiantes de pregrado y a nivel doctoral⁵. Además de esto, existen muchas otras formas en que la “brecha de género” se manifiesta. Estas se extienden desde los sesgos implícitos en la contratación y promoción⁶, a la brecha de género en el salario⁷, a expectativas y juicios moldeados por el género en cuanto a roles de mentor⁸ y evaluaciones docentes⁹, hasta el hecho de que ellas llevan una carga desproporcionada del trabajo administrativo en las universidades¹⁰ y del trabajo doméstico en el hogar¹¹. Como resultado, subsisten diferencias significativas entre la experiencia general en relación con los hombres que se desempeñan en la academia¹². Estas diferencias son aún más grandes en los casos de mujeres de color y mujeres trans¹³.

Las cifras son deprimentes. De acuerdo con un estudio reciente en Estados Unidos, que se extiende por un periodo de veinte años (1993-2013), aunque el número de mujeres contratadas creció al doble que la tasa de los hombres, todavía hay aproximadamente dos hombres como profesores titulares (con “tenure”) por cada mujer, y mientras más prestigiosa la institución, más alta la diferencia¹⁴. En las facultades de derecho de élite de Estados Unidos, el promedio del porcentaje de mujeres como profesoras titulares (con “tenure”) es del 28%¹⁵. Esto es a pesar de que en muchos países del Norte Global, las mujeres componen más de la mitad del cuerpo de estudiantes de pregrado y casi la mitad de los graduados de doctorados¹⁶. La proporción de

⁴ Véase CATALYST (2017); GHOSH & TANDON (2016).

⁵ VETTESE (2019).

⁶ GVOZDANOVIC & KATRIEN (2018).

⁷ Respecto de la situación en Estados Unidos y en el Reino Unido, véase, HATCH (2017) y HALL (2017).

⁸ EL-ALAYLI *et al.* (2018).

⁹ PETERSON *et al.* (2019).

¹⁰ GUARINO & BORDEN (2017).

¹¹ LOCKMAN (2019).

¹² NESTEROVA & JACKSON (2018).

¹³ Este es el bien conocido fenómeno de interseccionalidad. Véase CRENSHAW (1991).

¹⁴ VETTESE (2019), citando a FINKELSTEIN *et al.* (2016); GILKERSON *et al.* (2016).

¹⁵ KOTKIN (2013); MERTZ *et al.* (2019).

¹⁶ VETTESE (2019), citando a LYNN KAMERLIN (2016). Para otro ejemplo de esta pirámide invertida, en este caso, entre estudiantes de medicina, véase LEY & HAMILTON (2008). Una distribución

afroamericanas entre profesores titulares y a tiempo completo en Estados Unidos ha declinado del 6,3% al 5,8% entre 1993 y 2013¹⁷. Aunque una o dos jurisdicciones destacan como excepciones¹⁸, y se ha sugerido en particular que el Reino Unido ha ido mejorando en años recientes¹⁹, Estados Unidos está lejos de ser una excepción respecto de estas tristes estadísticas. En Alemania, por ejemplo, constituyen solo el 15,88% de los profesores titulares o con “tenure.”²⁰ En Sudáfrica, en el año 2018, solo el 27,5% de los profesores en las universidades eran mujeres²¹.

Numerosos estudios sugieren que una proporción significativa de mujeres experimentan alguna forma de acoso sexual en contextos académicos²². En algunas disciplinas, para madres con niños jóvenes es entre 33% y 35% menos probable conseguir un trabajo académico a tiempo completo y con la posibilidad de convertirse en un papel de profesor titular (esto es, un trabajo en el “tenure-track”) que para padres de niños jóvenes y que para mujeres solteras sin niños, respectivamente²³. La existencia de niños parece tener un nulo impacto en las carreras académicas de los hombres²⁴. Esto en parte refleja el hecho de que las mujeres continúan llevando la carga primaria del cuidado de los niños, incluso en países con provisiones relativamente generosas de posnatal, como es el caso de Alemania²⁵. Aún más, muchas

similar es encontrada en RENWICK *et al.* (2014). Para un panorama general de los números de mujeres en la academia alemana con doctorado de derecho en análisis económico del derecho, véase la información disponible en línea por GESIS, LEIBNIZ INSTITUT FÜR SOZIALWISSENSCHAFTEN (2019).

¹⁷ FINKELSTEIN *et al.* (2016).

¹⁸ Portugal parece ser uno de los países excepcionales donde el número de mujeres académicas es casi igual al número de académicos hombres. EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE (2017). Y la Facultad de Derecho Jindal de India también ocupa un lugar de orgullo en este respecto. Véase LEGALLY INDIA (2014).

¹⁹ De acuerdo con el Observatorio de Carreras Académicas en la EUI en Florencia: “En otros casos, se sugiere que las mujeres están aumentando en números, como en el Reino Unido, donde hay algunos quienes estiman que para el año 2020, las mujeres podrían constituir la mayoría de las académicas en el país. Esto, sin embargo, no es tan cierto, dado que un estudio reciente sobre género del profesorado del Reino Unido del año 2013 muestra que aunque en promedio uno de cada 5 profesores en el Reino Unido es mujer, varias universidades están bien por debajo de este estándar”. EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE (2017).

²⁰ SACKSOFSKY *et al.* (2018).

²¹ NAIDU (2016).

²² VETTESE (2019).

²³ WOLFINGER (2013).

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Solo un tercio de los hombres en Alemania hacen uso del permiso de posnatal y entre aquellos que lo hacen, menos de la mitad se toma más de dos meses (lo que es el requerimiento para parejas que se toman catorce meses de posnatal, en vez del máximo de doce meses entre ambos). Véase BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE (2018).

académicas con responsabilidades parentales tienen menos disponibilidad para viajar a conferencias o participar en otras oportunidades para generar y establecer redes de contactos, las cuales son importantes para contribuir al avance de las carreras académicas.

Las cifras que destacamos atrás son sorprendentes, dado que se dan en círculos relativamente privilegiados –la academia– dentro de sociedades supuestamente pospatriarcales y en muchas sociedades que están comprometidas de manera explícita con la igualdad de género, como Estados Unidos, Australia y Europa. En efecto, estas cifras sugieren, como Kate Manne ha señalado, que “incluso las mujeres más iguales” son desiguales²⁶. Y la respuesta a la pregunta que hicimos al principio de este ensayo comienza a emerger. Sabemos, en efecto, dónde está un gran número de mujeres en la academia: relativamente marginalizadas, sobrecargadas con roles de servicio, sobrecargadas en el hogar, subpagadas, subcitadas, y en posiciones júnior y adjuntas.

Dado el nivel de dificultad que involucra avanzar en la jerarquía académica, podríamos pensar que no es sorprendente que muchas mujeres terminen por optar por un mejor balance entre el trabajo y la vida familiar, dedicando más tiempo a su vida en familia y evitando las alternativas y rutas que harían más probable su promoción a puestos altos y posiciones de liderazgo. Y, aunque no hay nada que sugiera que dichas alternativas no son intrínsecamente valiosas y la genuina preferencia de algunas mujeres, la pregunta sobre qué equilibrio habrían logrado si vivieran en un mundo en que hubiera oportunidades genuinamente iguales sigue siendo una mera hipótesis. *Prima facie*, no hay una buena razón para pensar que las mujeres no disfrutarían del estatus, poder, reconocimiento y sentido de satisfacción profesional que general el ocupar posiciones de prestigio en la academia, del mismo modo en que lo disfrutaban los hombres. En cualquier evento, el problema, por cierto, genera la pregunta de si en un mundo más igualitario en términos de género, incluyendo en el hogar y en el trabajo, la opción preferida de tanto mujeres como hombres no sería una vida más equilibrada para todos, si este equilibrio no tuviera que darse a las expensas de ocupar un papel secundario en la vida profesional.

3. MUJERES E I.CON

Como es de esperar, un área de preocupación para nosotros en I.CON en años recientes ha sido el número y proporción de autoras enviando sus escritos a

²⁶ MANNE (2017), p. 297.

la revista. No solo el porcentaje general de artículos enviados por mujeres a la revista cada año es mucho más bajo que el porcentaje de los enviados por autores, sino que, además, ha ido declinando cada año en los últimos treinta y seis meses. 34% de los recibidos en 2016 fueron escritos por mujeres, pero este porcentaje bajó en 2017 a 32% y a 30% en 2018. Y, aunque la tasa de aceptación de la revista de publicaciones escritas por mujeres en estos años es más alta que la tasa de aceptación de artículos escritos por hombres, el resultado final es que tan solo un poco más de un tercio de los publicados en *I.CON* entre 2016 y 2018 fueron escritos por mujeres.

Para nosotras, como miembros del equipo editorial de *I.CON*, este hecho es tanto sorprendente como preocupante. Dado que las admisiones a facultades de derecho en años recientes en Estados Unidos²⁷, Europa²⁸ y otros lugares²⁹ tienden a ser balanceadas en términos de género o, incluso, compuestas de un porcentaje más alto de mujeres que de hombres, y que en Europa los porcentajes de mujeres y hombres realizando estudios de doctorado en derecho están también relativamente balanceados de forma equitativa³⁰, ¿cómo es que el porcentaje de mujeres enviando su trabajo para ser publicado en una revista académica como *I.CON* se encuentra significativamente bajo esos niveles? Los porcentajes de mujeres entrando a la educación superior en muchas partes del mundo son bastante impresionantes³¹. Y sabemos que, aunque las mujeres están pobremente representadas a los niveles más altos de la jerarquía académica, están bastante bien representadas en los más bajos³². Dada la preponderancia de mujeres estudiando derecho, la abundancia de mujeres haciendo su doctorado, y el número de mujeres que ocupan posiciones en los niveles más júnior de la jerarquía académica en varios países, ¿por qué no hay más artículos escritos y enviados por mujeres a *I.CON*?

²⁷ Véase ENJURIS (2017).

²⁸ GALLIGAN *et al.* (2017), p. 73.

²⁹ Singapur y Sudáfrica en particular parecen tener un balance equitativo de género entre los estudiantes. Véase en MINSKY (2015).

³⁰ MINSKY (2015).

³¹ El reporte anual sobre la brecha global de género contiene un análisis y ranking de 149 países, entre los cuales intenta medir el progreso respecto de la paridad de género en la educación. WORLD ECONOMIC FORUM (2018). No hemos encontrado estadísticas precisas sobre balance de género en universidades en otros continentes, aunque algunos intentos de medirlo parecen sugerir que instituciones en América del Sur tienen buenos índices, mientras que instituciones en Asia, no. Véase CTWS LEIDEN RANKING (2019) y GUGLIELMI (2019). Por otra parte, es posible que el algoritmo utilizado para identificar el género a través del nombre propio no sea efectivo en Asia.

³² Véase CATALYST (2017).

En efecto, pareciera que la baja presencia de mujeres en publicaciones académicas no está limitada al número relativamente bajo de mujeres enviando sus artículos a *I.CON*. Bastante se ha escrito respecto de las dimensiones en que la publicación académica en general está marcada por el género, particularmente, pero no solo, en el campo de la ciencia³³. Hay patrones marcados de manera distintiva por el género en cuanto a citas, con los hombres citándose a sí mismos y el trabajo de otros hombres más de lo que citan el trabajo de académicas mujeres³⁴.

Nos hemos preguntado sobre nuestra responsabilidad como editoras de una revista académica que se enfrentan a este persistente y aparentemente generalizado sesgo de género, el que se ve reflejado y exacerbado de diversas formas en el contexto de las publicaciones académicas. La pregunta es si es posible para nosotras abordar algunos de estos sesgos y en particular las formas en que se manifiestan a través de las políticas y prácticas de la revista. Invitamos a un igual número de mujeres y hombres para los artículos que comisionamos. Nuestro proceso de arbitraje es doblemente ciego. En la sección de reseña de libros, prestamos atención al género de quienes escriben las reseñas y al género de los autores cuyos libros son reseñados. Sin embargo, no siempre tenemos éxito en asegurar un mejor grado de igualdad de género. En particular, no podemos afectar fácilmente el número de mujeres que envían sus artículos a la revista.

4. MUJERES Y PUBLICACIONES

Nuestras experiencias en *I.CON* son corroboradas por las estadísticas respecto de la brecha de género en la publicación en un gran rango de campos académicos. De acuerdo con varios estudios, los hombres usualmente publican más que las mujeres, y al menos en algunos campos, parecen publicar en distintos lugares³⁵. Un estudio reciente, que examina las publicaciones de profesores de psicología en Alemania, sugiere que las mujeres publican menos en revistas

³³ LUNDINE *et al.* (2018), p. 1754; LUNDINE *et al.* (2019), p. 741.

³⁴ Véase DION *et al.* (2018); KING *et al.* (2017). En un estudio respecto del impacto del género en las citas en derecho respecto de un periodo específico, los autores encontraron que las mujeres eran más citadas que los hombres. Sin embargo, el estudio cuenta como escritos por mujeres artículos que han sido redactados por un hombre y por una mujer, y nota también que las autoras tienden a colaborar con hombres y mujeres por igual, no así los hombres. COTROPIA & PETHERBRIDGE (2018); PRAWFSBLAWG (2015).

³⁵ LUTTER & SCHRÖDER (2019).

académicas, pero publican en iguales números en capítulos de libros³⁶. Nos preguntamos si esto es verdad en derecho también, y sospechamos que tal vez lo sea. Si examinamos los artículos publicados entre 2017 y 2019 en las nueve revistas académicas jurídicas chilenas indexadas, vemos que tan solo el 25,5% de las publicaciones fueron escritas por mujeres³⁷. Un estudio en Estados Unidos llevado a cabo diez años atrás sobre la autoría de mujeres en las revistas de derecho ranqueadas más alto sugieren que solo el 20% de los artículos fueron escritos exclusivamente por mujeres³⁸. No resulta claro si las mujeres no están enviando sus artículos a las revistas de derecho mejor ranqueadas porque no creen que su trabajo tiene muchas posibilidades de ser aceptado o por alguna otra razón, o si están enviando su trabajo y siendo rechazadas. Mayor transparencia y disponibilidad de datos segregados de acuerdo a género respecto de publicaciones en revistas académicas sería un paso importante hacia entender qué es lo que está sucediendo, y así empezar a hacer algo para abordar la brecha de género.

Ahora bien, si tenemos razón respecto de que muchas mujeres publican más en volúmenes editados que en revistas académicas, es posible que esto sea un problema en sí mismo. Uno de los editores en jefe de I.CON, Joseph Weiler, ha, con razón, advertido a académicos más jóvenes en una previa editorial de no caer en la trampa de volúmenes editados, aconsejándoles, en vez, tomarse el tiempo para trabajar en las grandes ideas³⁹. No todos los capítulos de libros, por supuesto, son escritos apresuradamente, y varios, sino muchos, pueden ser de alta calidad. Buenas colecciones también pueden representar el tipo de trabajo colaborativo y temático que algunas mujeres pueden elegir como un vehículo para desarrollar un proyecto colectivo. Sin embargo, los capítulos de libros son por lo general menos leídos, y con frecuencia no están fácilmente disponibles en formato electrónico del modo en que la mayoría de los artículos académicos lo están hoy. Como resultado, estos trabajos son menos accesibles para los lectores y cuentan menos en las decisiones sobre contrataciones académicas y promociones laborales.

A esto le podemos añadir el hecho de que las académicas jóvenes con responsabilidades parentales –y, por lo tanto, particularmente las académicas

³⁶ MAYER & RATHMANN (2018).

³⁷ Dato de elaboración propia: Revisamos todas las revistas de dDerecho chilenas de los dos últimos años que aparecen en el portal www.scielo.cl. Identificamos los trabajos de las secciones de “artículos” o “estudios”, excluyendo comentarios de jurisprudencia, editoriales, reseñas y ensayos, y revisamos cuántos de esos trabajos fueron escritos por mujeres. En total, revisamos 51 números, y encontramos 637 trabajos. Identificamos 474 autores y 163 autoras. Agradecemos a Paloma Pérez por ayudarnos en esta parte de la investigación.

³⁸ KOTKIN (2015), p. 398.

³⁹ WEILER (2015).

jóvenes– tienen un problema de espacio y tiempo. Trabajar en grandes ideas requiere horas, e idealmente días, dedicados a leer, pensar e escribir sin interrupción⁴⁰. Ese tipo de tiempo es difícil de obtener para académicas jóvenes que se enfrentan con la presión de prepararse y enseñar nuevas clases, postular a fondos de investigación, organizar conferencias, generar y establecer redes de contacto (y, por lo tanto, participar en al menos algunos volúmenes editados) y publicar (mientras más, mejor). Pero para académicas jóvenes con responsabilidades parentales, las cuales usualmente se encuentran distribuidas de manera desigual, es casi imposible hacer espacio para esto. En estas situaciones, nada es más fácil que postergar la gran idea y dedicarse mejor al próximo artículo para una conferencia o volumen editado, de modo de tener alguna publicación y también poder cumplir con múltiples otras obligaciones.

Y no termina acá. Una vez que un texto está escrito, tiene que ser enviado a publicación. Y cuando ya es publicado, frecuentemente no es suficiente dejarlo sentado en las repisas y confiar en que encontrará a sus lectores. Las publicaciones deben ser compartidas, promocionadas y anunciadas. Sin embargo, de la misma manera en que el porcentaje de artículos escritos por mujeres enviados a *I.CON* es más bajo que su presencia en la academia, en nuestra experiencia esta brecha también se presenta respecto de promover su trabajo. Muchos hombres no tienen problema en escribirnos para pedir que sus próximos libros sean reseñados en *I.CON*, ser nominados para un premio o realizar otros tipos de advocacia a su favor. Las mujeres, observamos, lo hacen con menor frecuencia. Nada de esto es para sugerir que todos los hombres están más inclinados a promover su trabajo o que ninguna mujer lo está. Sin embargo, y sin esencializar estas diferencias, hay una dimensión claramente relativa al género en este aspecto. Muchos comentaristas han escrito sobre las diferencias de género en relación con la promoción del propio trabajo⁴¹, pero sentimos que el punto debe ser repetido en el contexto de una editorial que invita a más mujeres a enviar sus artículos para ser publicados.

5. MUJERES Y EL “BACKLASH” MISÓGINO

¿Deberían las mujeres aprender a gritar más fuerte? De nuevo, los estudios muestran que no es tan simple. La asertividad no se traduce automáticamente en más éxito para las mujeres, en contraste con lo que sucede con los hombres. Las mujeres con frecuencia parecen no carecer de confianza, sino temer una

⁴⁰ Véase SCHULTE (2019), quien recuerda a WOOLF (1929).

⁴¹ Para un resumen de estudios recientes respecto de esta pregunta, véase THOMPSON (2018).

respuesta negativa si se comportan de las maneras en que sus contrapartes masculinas lo hacen⁴². Finalmente, hay una pregunta más profunda que abordar, relativa a por qué las mujeres deberían adoptar los estándares predominantes de comportamiento y si la academia debería ser un lugar donde se espera que todos promuevan de manera constante su propio trabajo.

También es el caso que pueden haber consecuencias negativas para las mujeres que señalan el fenómeno que estamos discutiendo, esto es, la brecha de género, la discriminación y desigualdad de género, el sexismo y la misoginia⁴³. Opinar de forma pública, ya sea señalando estos fenómenos o proponiendo soluciones, puede tener consecuencias que son completamente lo opuesto de lo que se desea lograr, y puede, también, dañar las carreras académicas de las mujeres⁴⁴. Este “misogynistic backlash”⁴⁵ (o contragolpe misógino) puede tomar diversas formas, una de las cuales ha sido el argumento (hecho por algunas mujeres y también por hombres) de que las mujeres tienen, en realidad, muchas oportunidades, *precisamente porque* son mujeres. “Cualquier mujer”, escribe Heather Mac Donald,

“tan sea remotamente en la esfera pública que no está profundamente consciente de que ha sido la ‘beneficiaria’ de la presión de poner mujeres en paneles de conferencias, medios de prensa, y páginas editoriales, está engañándose a sí misma. Las juntas corporativas y gerenciales buscan mujeres con hambrienta desesperación”⁴⁶.

“No existe una facultad de ciencia o laboratorio en el país –añade– que no esté bajo la presión constante de parte de administradores universitarios y del gobierno federal de contratar mujeres como profesoras e investigadoras, independiente de la falta de candidatas competitivas y del costo a los estándares meritocráticos”⁴⁷.

⁴² THOMPSON (2018).

⁴³ Respecto de la misoginia como un fenómeno que se autoenmascara y respecto del contragolpe (backlash) misógino, véase MANNE (2017).

⁴⁴ En Irvine, varias mujeres académicas “temían represalias y retribución si promovían abiertamente el cambio, de modo que rechazaron el activismo colectivo explícito y optaron por una forma más sutil y no amenazante de acciones colectivas”. En una encuesta de académicas en escuelas de medicina de Estados Unidos, muchas dijeron que han experimentado un clima de miedo creado por jefes de departamento sexistas que llevaron a cabo “acciones punitivas en contra de los miembros que estaban en desacuerdo con ellos y avanzaron las carreras de quienes apoyaban sus puntos de vista”. Numerosos estudios analizados en el artículo notaron que los sujetos entrevistados solicitaron anonimidad por temor a represalias”. Véase VETTESE (2019).

⁴⁵ MANNE (2017), pp. 281-300.

⁴⁶ MAC DONALD (2014), citada en MANNE (2017), p. 38.

⁴⁷ *Ibid.*

¿Estamos “engañándonos a nosotras mismas” entonces? ¿Están las universidades realmente hambrientas por mujeres? ¿Y están los paneles de conferencias y las universidades siendo llenados de mujeres y, por cierto, de mujeres afortunadas e indignas de tales invitaciones, como parece ser la sugerencia implícita? Las estadísticas no confirman estas afirmaciones. En primer lugar, no debería ser sorprendente que las mujeres sean invitadas a conferencias y volúmenes editados, dado que constituyen aproximadamente el 50% de la población académica, al menos en los niveles más júnior. Sin embargo, a pesar de esto, hay todavía bastantes instancias –y nuestros lectores sin duda tendrán varios ejemplos personales– donde no hay mujeres o hay muy pocas presentando en calidad de ponentes⁴⁸. En conferencias jurídicas alemanas, por ejemplo, no es raro encontrar que las mujeres constituyen menos del 20% de las ponentes, incluso en el año 2019. Y la experiencia alemana no es la excepción: varias fuentes sugieren que las mujeres están subrepresentadas en las conferencias en general, especialmente en paneles más senior o como ponentes principales o inaugurales⁴⁹. Y resulta que en la rara ocasión en que –después de décadas, sino siglos, de paneles compuestos solo por hombres– hay algunos paneles compuestos exclusivamente por mujeres, la respuesta negativa es inmediata⁵⁰.

Más importante aún, las estadísticas nos dicen que las mujeres raramente obtienen lo que más importa: el trabajo como profesora titular. Así, el hecho de que las mujeres sean buscadas específicamente para aparecer en conferencias, comités o volúmenes editados, no es más que la otra cara del hecho de que en las redes en que los académicos operan, y en particular, en los niveles más senior, las mujeres son tan escasas que se requieren de esfuerzos especiales para asegurar algún tipo de representación femenina. Finalmente, ¿por qué deberían las mujeres tener que contemplar si están siendo invitadas, como lo sugiere Mac Donald, *únicamente porque* son mujeres? ¿Cuántos hombres se han preguntado alguna vez si le deben su posición o estatus o invitación al hecho de que son hombres? No podemos dejar de mencionar que en la década de 1960, una de los abogados más brillantes de su generación, Ruth Bader Ginsburg, fue rechazada por varias oficinas de abogados y tribunales en Estados Unidos solo por ser mujer. Esto significa que al menos hasta esa década en Occidente, y sin duda mucho más tarde en varios otros lugares, el mercado laboral de élite se ha basado en un sistema de acción afirmativa arraigado y casi absoluto a favor de los hombres.

Sin embargo, un problema recurrente hoy, como lo evidencian los comentarios de Mac Donald, es que los constantes e importantes esfuerzos, ya

⁴⁸ CASADEVALL & HANDELSMAN (2014).

⁴⁹ KOSSEFF *et al.* (2014); FARR *et al.* (2017); FORD *et al.* (2018).

⁵⁰ RUSSELL (2019).

hace rato necesarios, para aumentar el número de mujeres en la academia corren el riesgo de ser percibidos por algunos –y quizá, por varios– como un tanto arbitrarios, no basados en el mérito. Dichos esfuerzos pueden ser percibidos como no merecidos, injustos; son un “beneficio”, una ventaja para las mujeres, incluso tal vez un regalo por el cual deberían sentirse agradecidas⁵¹. La sospecha es que quizá las mujeres no estarían aquí si no fuera por ellos, exponiendo en la conferencia, escribiendo la editorial, siendo contratadas, siendo promovidas. Que, incluso, a pesar de que las mujeres constituyen más del 50% de los estudiantes de derecho y de los candidatos a doctorado y posdoctorado, y que ocupan un porcentaje similar de posiciones académicas júnior, cualquier invitación para incluir a una mujer en un panel o cualquier promoción a una posición más senior, o invitación a dar una clase magistral, debe haber sido hecha, en realidad, solo porque se trata de una mujer.

6. CONCLUSIÓN Y POSIBLES SOLUCIONES

En cierto sentido es desalentador identificar y enfrentar un serio problema y darse cuenta, al mismo tiempo, de las grandes dificultades que se enfrentan al tratar de solucionarlo. La mayoría de estas dificultades deberán ser abordadas en los ámbitos institucionales y estructurales dentro de las facultades, universidades y, últimamente, del Estado. Pero escribimos este ensayo por varias razones, la primera de las cuales es mantener la cuestión viva y como prioridad en nuestras mentes y las de nuestros lectores. Nada de lo que hemos escrito acá es novedoso o sorprendente, pero injusticias sobre las cuales no se habla clara, fuerte y regularmente pueden ser ignoradas o dejadas de lado con facilidad. Tienen el potencial de volverse normales e, incluso, arraigadas, una cuestión tan rutinaria que no queda más que un cierto sentido de resignación, un frustrado levantar de los hombros. Discutir el tema ya es un paso, aunque pequeño, hacia abordarlo⁵². En este sentido, el trabajo de académicas y activistas feministas, demasiado numerosas para mencionarlas una por una, ha sido crucial en pavimentar el camino, exponer y describir las injusticias y los sesgos existentes, creando y aumentando consciencia sobre el fenómeno, y manteniendo la presión para que haya cambios.

La segunda razón por la que escribimos es que hay cosas que cada uno de nosotros puede hacer, aunque pequeñas, y oportunidades sobre las que hay que actuar cuando encontramos barreras para las mujeres en la acade-

⁵¹ De nuevo, esto puede ser entendido como parte del contragolpe (backlash) misógino descrito por MANNE (2017).

⁵² RÉGNER *et al.* (2019).

mia. Llamamos así a cada uno de ustedes, como individuos, y también a todos nosotros como actores colectivos, como colegas académicos y editores, a hacer todo lo posible para abordar las varias dimensiones de estos problemas que se encuentran a nuestro alcance, intrincados y arraigados como puedan parecer estar. Llamamos a las mujeres a enviar sus artículos a *I.CON* y a otras revistas académicas. Las invitamos a informarnos cuando hayan publicado o editado nuevos libros que puedan ser de interés para los lectores de *I.CON*, de modo de que puedan ser reseñados, e invitamos a todos a reseñar libros escritos por mujeres y a citarlos. Llamamos a hombres y mujeres a asegurarse de que los paneles en nuestra conferencia anual estén compuestos por mujeres y a considerar actuar como mentores de sus colegas femeninas en posiciones más júnior. Llamamos a todos nuestros lectores a rechazar y rehusarse a participar en paneles compuestos exclusivamente por hombres, y a nuestras lectoras a cuestionarse o confrontar la composición de dichos paneles cuando los vean.

En un esfuerzo por hacer estas medidas más fáciles para todos, *ICON-S* está actualmente trabajando para proveer acceso a una base de datos de todos sus miembros, lo que debería hacer menos difícil encontrar a otros investigadores, incluyendo mujeres académicas e investigadoras más júnior, trabajando en áreas similares. *ICON-S*, desde su fundación, ha incorporado el principio de paridad de género en sus estructuras y cuerpos de gobierno, y llamamos al resto de las sociedades, organizaciones y revistas académicas a hacer lo mismo. La sociedad también ha intentado crear caminos y oportunidades para ayudar a avanzar la igualdad de género en la academia, al organizar una recepción para mujeres cada año en su conferencia anual, aunque incluso ha habido resistencia en contra de esta pequeña medida.

Les pedimos a todos que estén comprometidos y determinados a estar atentos al talento femenino cuando formen parte de comités de contratación y a estructurar los lugares de trabajo académicos, en la medida de lo posible, para que sean compatibles con la vida familiar y no expongan a los cuidadores primarios o personas con la responsabilidad parental principal – quienes son mayoritariamente mujeres– a demandas difíciles (clases, reuniones y coloquios tarde en la noche o durante el fin de semana). Finalmente, llamamos a todos nuestros lectores a ayudar en la medida en la que puedan a hacer avanzar la causa de la igualdad de género dentro de la academia, y hacernos saber de otras propuestas o nuevas formas de solucionar el problema. *I.CON* está acá, listo para escuchar sus sugerencias y comprometido con ayudar al cambio.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCHER, John (2000): "Sex Differences in Physically Aggressive Acts between Heterosexual Partners: A Meta-Analytic Review", in *Psychological Bulletin*, vol. 126, N° 5: pp. 651-680.
- BATTY, David; Sally WEALE & Caroline BANNOCK (2017): "Sexual Harassment "at Epidemic Levels" in UK Universities", in *The Guardian*.
- BELL, Christine & Catherine O'ROURKE (2007): "Does Feminism Need a Theory of Transitional Justice? An Introductory Essay", in *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 1: pp. 23-44.
- BUNDERSMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND (2018): "Väterreport. Vater sein in Deutschland heute". Disponible en www.bmfsfj.de/blob/127268/2098ed4343ad836b2f0534146ce59028/vaeterreport-2018-data.pdf (Informe sobre padres. Ser un padre en Alemania hoy) [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- CANTOR, David *et al.* (2015): Report on the AAU Campus Climate Survey on Sexual Assault and Sexual Misconduct, in *The University of Virginia*. Disponible en https://ias.virginia.edu/sites/ias.virginia.edu/files/University%20of%20Virginia_2015_climate_final_report.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- CASADEVALL, Arturo & Jo HANDELSMAN (2014): "The Presence of Female Conveners Correlates with a Higher Proportion of Female Speakers at Scientific Symposia", in *mBio*, pp. 1-4.
- CATALYST (2017): "Quick Take: Women in Academia". Disponible en www.catalyst.org/research/women-in-academia/ [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- CHARLESWORTH, Hilary (1999): "Feminist Methods in International Law", in *American Journal of International Law*, vol. 93, N° 2: pp. 379-394.
- COTROPIA, Christopher A. & Lee PETHERBRIDGE (2018): "Gender Disparity in Law Review Citation Rates", in *William & Mary Law Review*, vol. 59, N° 3: pp. 771-812.
- CRENSHAW, Kimberlé W. (1991): "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color", in *Stanford Law Review*, vol. 43, N° 6: pp. 1241-1299.
- CTWS LEIDEN RANKING (2019): "CTWS Leiden Ranking 2019". Disponible en www.leidenranking.com/ [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- DAVID, A.M. *et al.* (2019): "Mitigating Gender Bias in Student Evaluations of Teaching", in *PloS One*, vol. 14, N° 15. Disponible en <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0216241> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- DION, Michelle L.; Jane L. SUMNER & Sara McLaughlin MITCHELL (2018): "Gendered Citation Patterns across Political Science and Social Science Methodology Fields", in *Political Analysis*, vol. 26, N° 3: pp. 312-327.

- EL-ALAYLI, Amani; Ashley A. HANSEN-BROWN & Michelle CEYNAR (2018): "Dancing Backward in High Heels: Female Professors Experience More Work Demands and Special Favor Requests, Particularly from Academically Entitled Students", in *Sex Roles*, vol. 79: pp. 136-150.
- ENJURIS (2017): "Law School Enrollment by Gender". Disponible en www.enjuris.com/students/law-school-gender-ratio-2017.html [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE (2017): "Gender Comparisons". Disponible en www.eui.eu/ProgrammesAndFellowships/AcademicCareersObservatory/CareerComparisons/GenderComparisons [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- FARR, Cooper M. *et al.* (2017): "Addressing the Gender Gap in Distinguished Speakers at Professional Ecology Conferences", in *BioScience*, vol. 67, N° 5: pp. 464-468.
- FINKESLSTEIN, Martin J.; Valerie M. CONLEY & Jack H. SCHUSTER (2016): "Taking the Measure of Faculty Diversity", in *Advancing Higher Education*, TIAA Institute, pp. 1-18. Disponible en www.tiaainstitute.org/sites/default/files/presentations/2017-02/taking_the_measure_of_faculty_diversity.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- FLAHERTY, Colleen (2018): "Dancing Backwards in High Heels", in *Inside Higher Ed*. Disponible en www.insidehighered.com/news/2018/01/10/study-finds-female-professors-experience-more-work-demands-and-special-favor?fbclid=IwAR0mTYH_O8eOi5blSqO7joj1lvDX9bbv8xQQQjSZhUEPVBirs9n6PFfyCLg [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- FORD, Heather L. *et al.* (2018): "Gender Inequity in Speaking Opportunities at the American Geophysical Union Fall Meeting", in *Nature Communications*, vol. 9.
- GALLIGAN, Yvonne *et al.* (2017): "Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU", in *European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs*. Disponible en [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU\(2017\)596804_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU(2017)596804_EN.pdf) [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- GESIS, LEIBNIZ INSTITUTE FÜR SOZIALWISSENSCHAFTEN (2016): "Frauenanteile an den Promotionen und Habilitationen nach Fächergruppen" (Porcentajes de mujeres con doctorado y habilitaciones de acuerdo a materia académica). Disponible en www.gesis.org/cews/unser-angebot/informationsangebote/statistiken/thematische-suche/detailanzeige/article/frauenanteile-an-den-promotionen-und-habilitationen-nach-faechergruppen-2016/ [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- GHOSH, Anirudda & Shreya TANDON (2018): "A Lot Still Needs to Be Done to Address the Gender Gap in Academia", in *The Wire*. Disponible en <https://thewire.in/education/women-in-academia-gender-pay-gap> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- GILKERSON, Darrin; Alaisha SHARMA & Grace ZHANG (2018): "Where are Harvard's Female Professors?", in *Harvard Political Review*. Disponible en <https://harvard-politics.com/harvard/gender-parity/> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].

- GUARINO, Cassandra & Victor BORDEN (2017): "Faculty Service Loads and Gender: Are Women Taking Care of the Academic Family", in *Research in Higher Education*, vol. 58, N° 6: pp. 672-694.
- GUGLIELMI, Gloria (2019): "Eastern European Universities score highly in university gender ranking", in *Nature*. Disponible en www.nature.com/articles/d41586-019-01642-4 [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- GVOZDANOVIC, Jadranka & Katrien MAES (2018): "Implicit Bias in Academia: A Challenge to the Meritocratic Principle and to Women's Careers-And What to Do about It", in *LERU Advice Paper*, N° 23. Disponible en www.leru.org/files/Publications/Implicit-bias-in-academia-Full-Paper.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- HALL, Rachel (2017): "Gender Pay Gap in Academia Will Take 40 years to Close", in *The Guardian*. Disponible en www.theguardian.com/higher-education-network/2017/may/26/gender-pay-gap-in-academia-will-take-40-years-to-close [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- HATCH, Joshua (2017): "Gender Pay Gap Persists across Faculty Ranks", in *The Chronicle of Higher Education*. Disponible en www.chronicle.com/article/Gender-Pay-Gap-Persists-Across/239553 [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- KING, Molly M. *et al* (2017): "Men Set Their Own Cites High: Gender and Self-citation across Fields and over Time", in *Socius: Sociological Research for a Dynamic World*, vol. 3: pp. 1-22.
- KOTKIN, Minna J. (2010): "Of Authorship and Audacity: An Empirical Study of Gender Disparity and Privilege in the Top Ten Law Reviews", in *Women's Rights Law Reporter*, vol. 31, N° 4: pp. 385-446.
- KOSSEFF, Jeffrey (2017): "Guys, We Need to Put a Stop to the 'Manel'", un *Iapp*. Disponible en <https://iapp.org/news/a/guys-we-all-need-to-put-a-stop-to-the-manel/> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- LEGALLY INDIA (2014): "Jindal: World's first law school to have more women than men teachers, highlights 'embarrassing' global gender balance in academia [Spoiler: It's not the first]". Disponible en www.legallyindia.com/lawschools/jindal-world-s-first-law-school-to-have-more-women-than-men-faculty-highlights-embarrassing-global-gender-balance-in-academia-20140905-5023 [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- LEY, Timothy J. & Barton H. HAMILTON, (2008): "The Gender Gap in NIH Grant Applications", in *Science*, vol. 322, N° 5907: pp. 1472-1474.
- LOCKMAN, Lockman (2019): "What 'Good' Dads Get Away With", *The New York Times*. Disponible en www.nytimes.com/2019/05/04/opinion/sunday/men-parenting.html [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- LUNDINE, Jamie *et al*. (2019): "Gender Bias in Academia", in *The Lancet*, vol. 393, N° 10173: pp. 741-743.
- LUNDINE, Jamie *et al*. (2018): "The Gendered System of Academic Publishing", in *The Lancet*, vol. 391, N° 10132: pp. 1754-1756.

- LUTTER, Mark & Martin SCHRÖDER (2019): "Is There a Motherhood Penalty in Academia? The Gendered Effect of Children on Academic Publications", in *MPIfG Discussion Paper*, N° 19/2.
- LYNN KAMERLIN, Shina Caroline (2016): "Where Are the Female Science Professors? A Personal Perspective", in *F1000Research*, vol. 5: pp. 1224-1236.
- MAC DONALD, Heather (2014): "The UCSB Solipsists", in *National Review*.
- MANNE, Kate (2017): *Down Girl: The Logic of Misogyny* (New York, Oxford University Press).
- MAYER, Sabrina J. & Justus M. K. RATHMANN (2018): "How Does Research Productivity Relate to Gender? Analyzing Gender Differences for Multiple Publication Dimensions", in *Scientometrics*, vol. 117, N° 3: pp. 1663-1693.
- MERTZ, Elizabeth *et al.* (2011): "After Tenure: Post-Tenure Law Professors in the United States", in *The American Bar Foundation*. Disponible en www.americanbar-foundation.org/uploads/cms/documents/after_tenure_report-_final-_abf_4.1.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- MINSKY, Carly (2015): "Eight world-leading universities with a 50:50 gender balance", in *The World University Rankings*. Disponible en www.timeshighereducation.com/student/news/eight-world-leading-universities-5050-gender-balance [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- MONROE, Kristen Renwick *et al.* (2014): "Gender Equality in the Ivory Tower, and How Best to Achieve It", in *PS: Political Science & Politics* vol. 47, N° 2: pp. 418-426.
- NAIDU, Edwin (2018): "Universities Body to Probe Gender Imbalance at the Top", in *University World News*. Disponible en www.universityworldnews.com/post.php?story=20180725103923330 [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- NELSON, Robin G. *et al.* (2017): "Signaling Safety: Characterizing Fieldwork Experiences and Their Implications for Career Trajectories", in *American Anthropologist*, vol. 119, N° 4: pp. 710-722.
- NESTEROVA, Yulia & Liz JACKSON (2018): "Gender Inequality in Universities", in *Impakter*. Disponible en <https://impakter.com/gender-inequality-universities/> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- PRAWFSBLAWG (2015): "Gender and Legal Scholarship". Disponible en <https://prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2015/06/gender-and-legal-scholarship.html> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- RÉGNER, Isabelle, *et al.* (2019): "Committees with Implicit Biases Promote Fewer Women When They Do Not Believe Gender Bias Exists", *Nature Human Behavior*. Disponible en <http://affectfinance.org/wp-content/uploads/2019/09/s41562-019-0686-3.pdf> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- ROSENFELD, Diane (2015): "Uncomfortable Conversations: Confronting the Reality of Target Rape on Campus", in *Harvard Law Review*, vol. 128, N° 8: pp. 359-380.

- RUSSELL, Michelle (2019): “Backlash to All-Women Speaker Lineup at Science Conference”, in *PCMA*. Disponible en www.pcma.org/backlash-all-women-speaker-lineup-science-conference/ [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- SACKSOFSKY, Ute & Carolin STIX (2018): “Daten und Fakten zur Repräsentanz von Frauen in der Rechtswissenschaft” (Datos y hechos sobre la representación de las mujeres en el derecho). Disponible en www.jura.uni-frankfurt.de/73356125/Daten_und_Fakten_zur_Repr%C3%A4sentanz_von_Frauen_in_der_Rechtswissenschaft_Sacksofsky_Stix_2018.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- SCHULTE, Brigid (2019): “A Woman’s Greatest Enemy? A Lack of Time to Herself”, in *The Guardian*. Disponible en www.theguardian.com/commentisfree/2019/jul/21/woman-greatest-enemy-lack-of-time-themselves [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- THOMPSON, Stephanie (2018): “A Lack of Confidence Isn’t What’s Holding Back Working Women”, in *The Atlantic*. Disponible en www.theatlantic.com/family/archive/2018/09/women-workplace-confidence-gap/570772/ [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- VETTESE, Troy (2019): “Sexism in the Academy: Women’s Narrowing Path to Tenure”, *N+1 Magazine*. Disponible en <https://nplusonemag.com/issue-34/essays/sexism-in-the-academy/> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- WEALE, Sally & David BATTY (2016): “Sexual Harassment of Students by University Staff Hidden by Non-Disclosure Agreements”, in *The Guardian*.
- WEILER, Joseph H. H. (2015): “Editorial –On My Way Out– Advice to Young Scholars II: Career Strategy and the Publication Trap”, in *European Journal of International Law*, vol. 24, N° 4: pp. 795-800.
- WOLFINGER, Nicholas (2013): “For Female Scientists, There’s no Good Time to Have Children”, in *The Atlantic*.
- WOOLF, Virginia (1989): *A Room of One’s Own* (Mariner Books).
- WORLD ECONOMIC FORUM (2018): “The Global Gender Gap Report”. Disponible en www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].

LA LEY N° 20.348 Y SU EFECTO COMO TUTELA EFECTIVA DE LA IGUALDAD DE REMUNERACIONES ENTRE HOMBRES Y MUJERES

THE LAW N° 20.348 AND ITS EFFECT AS AN EFFECTIVE PROTECTION OF EQUAL REMUNERATION BETWEEN MEN AND WOMEN

*Paulina Lobos Herrera**

RESUMEN: La ley N° 20.348 que “Modifica el Código del Trabajo resguardando el derecho a la igualdad en las remuneraciones”, publicada con fecha 19 de junio de 2009, da reconocimiento en nuestra legislación a un principio que en el ámbito supranacional ya había sido ampliamente discutido y reconocido. Sin perjuicio de ello, a más de diez años de la dictación de dicha norma, la evidencia jurisprudencial demuestra que no ha constituido una tutela efectiva de la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres.

PALABRAS CLAVES: Igualdad de remuneraciones - Discriminación salarial - Brecha salarial - Discriminación de género.

ABSTRACT: The law N° 20.348, that “Modified the Chilean Labor Law, protecting the salary equality right”, published on 19th of June 2009, recognized in Chilean legislation a right that around the world was deeply discussed and already recognized. However, ten years after that law, the results show that it is no an effective guard of salary equality between men and women.

KEYWORDS: Salary equality - Salary discrimination - Salary gap - Gender discrimination.

* Abogada de la Universidad del Desarrollo. Magíster en derecho del trabajo y seguridad social de la Universidad de Chile. Correo electrónico. plobosh@udd.cl

I. ANTECEDENTES

i. No discriminación laboral en la legislación chilena

1. No discriminación laboral en la Constitución¹

Doctrinariamente² se ha asentado que el marco constitucional que estructura el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación, se conforma de tres pilares:

- a) Artículo 1° de la *Constitución Política de la República (CPR)*, que dispone: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Adicionalmente consagra el deber del Estado de

“promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Señala José Francisco Castro³ que este precepto constitucional no solo tiene importancia por su ubicación, sino, también, porque se trata del precepto rector de nuestra Carta Fundamental, donde se sientan las bases del carácter personalista de la misma, al señalar expresamente un concepto prescriptivo de la persona, como ser libre e igual. Indica que antes de la ley N° 19.611, de 16 de junio de 1999, el artículo 1° hablaba de “Los hombres” y no de “Las personas”. Atribuye esta modificación a la necesidad de introducir un lenguaje menos excluyente y discriminatorio en nuestro texto constitucional, respecto de las mujeres.

- b) Artículo 19 N° 2 de la *CPR*, el cual asegura a todas las personas:

“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados, no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Al respecto, José Francisco Castro señala que el

“reconocimiento expreso del principio de igualdad entre hombres y mujeres, introducido también por la ley N° 19.611, se estimó por el legislador que permitía asegurar la eficacia de dicho principio y, de esta

¹ CAAMAÑO (2003), p. 28 y ss.

² CASTRO (2016), p. 10.

³ *Ibid.*

forma, transformarlo en una norma que oriente a todo el ordenamiento jurídico, al legislador y a quienes en definitiva aplican y hacen uso de la normativa”⁴.

En términos de Eduardo Caamaño,

“debe tenerse en consideración que el principio de igualdad no precisa qué es lo que es igual, sino que va directamente al resultado, es decir, lo que es igual debe ser tratado igual, a contrario sensu, lo que no es igual puede ser tratado desigualmente. De este modo, el principio de igualdad ante la ley corresponde, junto con su sentido tradicional de generalidad de la ley, a una igualdad sustantivamente justa, esto es, que admite diferencias fundadas en motivos razonables o plausibles”⁵.

- c) Finalmente, la *CPR* reconoce de manera expresa el derecho a la no discriminación en su artículo 19 N° 16, que asegura a todas las personas:

“La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa remuneración. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

La doctrina constitucional ha distinguido dos disposiciones diferentes en este numeral, pero íntimamente relacionadas:

- a) libertad de trabajo –contenida en los incisos primero y segundo–, consagrando la libertad de elección y su protección,
- b) y, la segunda –contenida en el inciso tercero–, referida a la no discriminación, consagrando el principio de igualdad en materia laboral.

2. No discriminación en el *Código del Trabajo*

El artículo 2 del *Código del Trabajo* desarrolla la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 16 de la *CPR*, estableciendo son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Adicionalmente, conceptualiza los actos de discriminación como aquellas

“distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia

⁴ CASTRO (2016), p. 10.

⁵ CAAMAÑO (2003), p. 28 y ss.

nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”⁶.

De acuerdo con Eduardo Caamaño⁷, este derecho consagrado en la legislación internacional, y nacional en sus ámbitos constitucional y legal, se encuentra carente de garantías efectivas, concebidas como dispositivos jurídicos efectivos para corregir tal discriminación. Esta situación genera claramente una desprotección, falta de tutela o, más bien, la impunidad del discriminador laboral por género. Tenemos un derecho sin dispositivo jurídico de protección, y al decir de un antiguo jurista, “un derecho sin tutela es un hazmerreír jurídico”.

Esta materia resulta relevante, ya que de nada sirve la consagración de un derecho si no va acompañado de la debida protección del mismo, como expresión de la

“vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales frente a posibles lesiones provenientes de agentes distintos a los propios agentes públicos”⁸.

Al respecto, la Dirección del Trabajo, fijando el sentido y alcance del artículo 2 del *Código del Trabajo*⁹, ha señalado que la no discriminación es un derecho fundamental y como tal, en el ámbito de su protección, la norma antidiscriminatoria no solo

“ejerce una función promocional en tanto busca no sólo reprimir ciertas conductas sino que también fomentar la integración de ciertos colectivos marginados”.

ii. No discriminación laboral en instrumentos internacionales

1. El Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958¹⁰, establece

⁶ Artículo modificado por el artículo 11 de la ley N° 20.255, publicada en el *Diario Oficial* el 2 de mayo de 2019.

⁷ CAAMAÑO (2003), p. 30.

⁸ ALDUNATE (2008), p. 180 y ss.

⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2004).

¹⁰ Ratificado por Chile con fecha 20 de septiembre de 1971.

en su artículo primero que la discriminación en el contexto de una relación laboral, abarca:

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

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

La doctrina¹¹ ha resaltado el requisito que se exige para la configuración de la discriminación en el contexto del Convenio. Al efecto, se exige que la discriminación tenga como consecuencia anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato.

“No se trata tan sólo de evitar la discriminación a fin de garantizar a todas las personas la posibilidad de obtener empleo, sino también evitar las dificultades que pudieran afectar a los trabajadores para obtener un empleo mejor a ascender a otro de jerarquía superior. Se adopta, por lo tanto, como criterio las consecuencias objetivas de las medidas discriminatorias, situación que permite afirmar que las discriminaciones indirectas y fenómenos tales como la segregación profesional están dentro del ámbito de aplicación del Convenio”¹².

2. Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹³

Chile ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁴ (en adelante Cedaw o Convención) en 1989, sin embargo la implementación mediante políticas públicas solo se hizo efectiva a partir de 1990, durante el gobierno de Patricio Aylwin con la creación del Servicio Nacional de la Mujer (Sernam). Con posterioridad, el Estado chileno ha recibido muchas observaciones para alcanzar los estándares de cumplimiento exigidos por la Convención.

¹¹ CAAMAÑO (2003).

¹² *Boletín de Tramitación en el Congreso Nacional*, N° 4.356-13, p. 3.

¹³ VALDÉS (2013), p. 172.

¹⁴ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada el 8 de diciembre de 1979.

Es así, como en 2006, el Comité de la Cedaw, observó al Estado chileno su preocupación sobre la significativa diferencia salarial entre el hombre y la mujer. Al efecto, exhortó al Estado chileno a asegurar

“el cambio sostenible hacia la plena igualdad de la mujer y el hombre en todos los aspectos de la vida pública y privada se alcance *mediante una amplia reforma legal*. El Comité insta a que se deroguen o se modifiquen sin dilaciones todas las disposiciones legislativas que constituyan discriminación contra la mujer, según se establece en el artículo 2 de la Convención, e insta al Estado Parte a que cubra las lagunas legislativas y sancione las demás leyes necesarias a fin de que el marco jurídico del país cumpla plenamente las disposiciones de la Convención y garantice la igualdad entre el hombre y la mujer, tal como se consagra en la Constitución de Chile. Alienta al Estado Parte a que establezca un calendario claro y a que aumente la concienciación de los legisladores y el público en general acerca de la urgente necesidad de dar prioridad a las reformas jurídicas a fin de lograr la igualdad de jure para la mujer”¹⁵.

En este contexto es que nace la moción parlamentaria destinada a corregir la desigualdad salarial entre hombres y mujeres, con el *Boletín* N° 4.356-13, el cual se convertiría en 2009 en la ley N° 20.348, publicada en el *Diario Oficial* el 19 de junio de 2009, que “Resguarda el Derecho a la Igualdad en las Remuneraciones”.

II. LEY N° 20.348¹⁶ QUE RESGUARDA EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LAS REMUNERACIONES

La ley N° 20348¹⁷ se propone remediar las diferencias salariales sostenidas entre hombres y mujeres, realizando entre sus fundamentos una síntesis de las razones de la diferencia salarial.

Sus fundamentos¹⁸, comienzan por realizar una referencia somera a la historia del principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mu-

¹⁵ NACIONES UNIDAS (2006).

¹⁶ Publicada en el *Diario Oficial*, el 19 de junio de 2009.

¹⁷ Norma interpretada por la Dirección del Trabajo, en dictamen 1187/018 del 10 de marzo de 2010.

¹⁸ *Boletín*, N° 4.356-13. Moción parlamentaria de los honorables diputados Pedro Araya Guerrero, Gabriel Ascencio Mansilla, Eduardo Díaz del Río, Jaime Mulet Martínez, Sergio Ojeda Uribe, Carlos Olivares Zepeda, Jorge Sabag Villalobos, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Mario Venegas Cárdenas y Patricio Walker Prieto.

jeros, realizándose un breve resumen de la forma en que dicho principio fue incorporándose en legislaciones comparadas:

- Tratado de Paz de Versalles, de fecha 28 de junio de 1919.
- Preámbulo del Tratado que constituyó la Organización Internacional del Trabajo en el año 1940.
- Reconocimiento posterior en una serie de pactos y convenciones internacionales, entre los que destaca el Mensaje: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de fecha 10 de diciembre de 1948; el Convenio N.º 100 de la Organización Internacional del Trabajo, de fecha 29 de junio de 1951 y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de fecha 19 de diciembre de 1966.
- Finalmente resalta que en el derecho comunitario europeo este principio tiene un reconocimiento expreso en el artículo 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

A continuación, la moción analiza diversos estudios económicos que evidencian las diferencias salariales que justifican la iniciativa. En ella se advierte que las mujeres perciben, en promedio, un 75,1% del ingreso de los hombres. Según la encuesta de remuneraciones y costos de la mano de obra del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) al año 2001, la diferencia de remuneraciones entre hombres y mujeres alcanza al 31,1%.

En cuanto a las causas de la disparidad evidenciada, la moción parlamentaria sindical a:

- a) El inferior capital humano de la mujer y las trayectorias intermitentes de su carrera profesional, sin embargo, la disparidad de género en la educación se reduce y en muchos casos la escolaridad de mujeres supera la de los hombres.
- b) Otro factor está relacionado con la idea que la contratación de mujeres implica un costo alto (prestaciones de protección de la maternidad; el ausentismo supuestamente mayor de las mujeres; su menor disposición para trabajar horas extra; su compromiso e interés menores para con el trabajo y una movilidad más restringida en relación con la de los hombres).

Como se observa, la ley N.º 20.348 se concebía como el remedio idóneo para alcanzar la tan anhelada igualdad salarial entre hombres y mujeres. Del mismo modo modificó el *Código del Trabajo*, incorporando un nuevo artículo 62 bis, que señala:

“Artículo 62 bis.- El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

Las denuncias que se realicen invocando el presente artículo, se sustanciarán en conformidad al Párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa”.

Lo anterior es, además, una concreción del propio artículo 19 N° 16 de la CPR, que prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal. En ese sentido y dado que la discriminación salarial es un tipo de discriminación, parece tener sentido que la especie (discriminación salarial), se regule de igual manera que el género (discriminación laboral).

Sin perjuicio de lo anterior, reconociendo la generalidad y abstracción de la CPR como cuerpo normativo de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, lo esperable es que las normas de inferior jerarquía sean capaces de concretizar y particularizar el mandato de la Constitución. Al respecto, señala Pablo Rodríguez:

“En el ejercicio de las potestades instituidas a partir de la norma original (Primera Constitución), su titular puede y aún debe agregar otros valores a la norma inferior que está llamado a crear, a fin de completar su estructura normativa”¹⁹.

Refuerza este punto, lo señalado por Eduardo Aldunate, quien señala que la relación entre derechos fundamentales y potestad legislativa conlleva la posibilidad de desarrollo normativo (concretización, actualización o realización) de los derechos fundamentales. Sin perjuicio de lo anterior, a su juicio, el derecho fundamental debe tener eficacia por su sola consagración constitucional (aplicación directa), por lo que señala es importante no reducir o condicionar el tratamiento dogmático de los derechos fundamentales a su desarrollo legislativo²⁰.

Desde la teoría del derecho, lo esperable hubiese sido que la ley N° 20.348, regulase de manera más completa la prohibición de discriminación salarial, yendo acompañada de una serie de medidas destinadas a corregir el problema de fondo.

Al respecto Eduardo Caamaño señala que la igualdad de remuneraciones debería estar consagrada expresamente sin distinción de sexo, con criterios claros para establecer tal discriminación (cargo, igualdad de condiciones, o funciones de la misma naturaleza), como derecho individual y colectivo, y sancionarlo así con la multa residual del art. 477 del *Código del Trabajo*²¹.

¹⁹ RODRÍGUEZ (2001), p. 138.

²⁰ ALDUNATE (2008), p. 186.

²¹ CAAMAÑO (2003), p. 30.

Ahora bien, desde el punto de vista de las políticas públicas, llama la atención la elección del Congreso, ya que si bien realiza un correcto diagnóstico de los problemas que generan la disparidad salarial, selecciona como mecanismo de solución la reiteración de la norma constitucional. Lo anterior, pues sin necesidad de que se dictase la ley N.º 20.348, podría igualmente haberse aplicado el artículo 19 N.º 16 de la CPR, en materia de discriminación salarial.

Otro aspecto que dicha ley incorporó, fue la referencia al Procedimiento de Tutela Laboral conforme al cual se sustanciarán los reclamos, una vez agotado el procedimiento interno de reclamo. En esta materia, una vez más vemos que el Congreso reitera normas ya presentes en nuestra legislación. Lo anterior, pues el inciso segundo del artículo 485²² del *Código del Trabajo* señala:

“También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”.

Por su parte, tal como ya indicamos, el artículo 2º del *Código del Trabajo* dispone:

“Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Es así como, sin necesidad de invocar el artículo 62 bis, con las normas existentes –de la conjugación de los artículos 19 N.º 16 de la CPR y el artículo 2º del *Código del Trabajo*– es posible llegar a la misma conclusión que dicho artículo explicita. Así las cosas, lo esperable es que si previo a la incorporación del artículo 62 bis, la conjugación de dichas normas no era suficiente para constituir una tutela efectiva de la igualdad de remuneraciones, lógicamente, la incorporación de esta norma no modificaría sustancialmente la situación.

Insistimos en el punto en relación con el correcto diagnóstico del Congreso y lo inocuo de la solución propuesta por el mismo, ya que si las prin-

²² Procedimiento incorporado mediante la ley N.º 20.087, publicada en el *Diario Oficial* el 3 de enero de 2006.

cipales casuales detectadas fueron el inferior capital humano de la mujer, las trayectorias intermitentes de su carrera profesional y la idea que la contratación de mujeres implica un costo alto, no se explica de qué manera la reiteración de normas existentes podría resolver las discriminaciones salariales. En ese sentido, lo lógico hubiese sido buscar formas de aminorar las brechas generando políticas públicas destinadas a:

- Aumentar el capital humano de la mujer, potenciando mecanismos de capacitación pertinentes con las necesidades del mercado, que tengan colocación laboral real.
- Generar programas destinados a ser un puente en las interrupciones de la carrera profesional de la mujer, aprovechando los tiempos para invertir en sus capacidades una vez que se reinserten al sistema laboral. De igual manera, generar políticas públicas que den soluciones reales al problema del cuidado de los hijos, que permitan a las mujeres disminuir las interrupciones en su trayectoria profesional.
- Finalmente, y en relación con el mayor costo que implica la contratación de mujeres, lo lógico es atacar esta causa mediante la eliminación de las barreras que desincentivan la contratación de mujeres o un pago de menor salario, como consecuencia del análisis económico que realiza el empleador al momento de contratar una mujer versus un hombre, por ejemplo, costo de sala cuna.

Sin perjuicio que las soluciones parecieran ser evidentes, el legislador ofrece la ley N° 20.348, desconociendo el propio diagnóstico realizado y generando una norma que, desde nuestro punto de vista, nunca estuvo pensada para generar un impacto, pues solo reitera disposiciones existentes.

Ahora bien, a continuación analizaremos el resto de las normas modificadas²³ por la ley N° 20.348, las que a diferencia del artículo 62 bis, sí incorporaron nuevo contenido a la legislación y, por lo tanto, su impacto fue mayor en el camino de lograr una tutela efectiva de la igualdad de remuneraciones:

- Intercaló, en el número 6 del artículo 154 del *Código del Trabajo* que regula el contenido mínimo del Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad (RIHOS), la exigencia que las empresas de doscientos trabajadores o más, tengan un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales.
- Incorporó un nuevo numeral 13 al artículo 154:

“13. El procedimiento a que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis. En todo caso, el reclamo y la respuesta

²³ HENRÍQUEZ y RIQUELME (2010), p. 6.

del empleador deberán constar por escrito y estar debidamente fundados. La respuesta del empleador deberá ser entregada dentro de un plazo no mayor a treinta días de efectuado el reclamo por parte del trabajador”.

- Incorporó un incentivo para los empleadores, agregando un nuevo inciso final al artículo 511:

“Los empleadores que no presenten diferencias arbitrarias de remuneraciones entre trabajadores que desempeñen cargos y responsabilidades similares, podrán solicitar la rebaja del 10% de las multas adicionalmente a lo que se resuelva por aplicación de los incisos precedentes, en tanto las multas cursadas no se funden en prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales”.

- Finalmente, el artículo 2º de la ley N.º 20.348, intercala en el artículo 10 del decreto con fuerza de ley N.º 29, del Ministerio de Hacienda, de 2005 (que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N.º 18.834, Estatuto Administrativo), el siguiente inciso cuarto, nuevo:

“En los empleos a contrata la asignación a un grado será de acuerdo con la importancia de la función que se desempeñe y con la capacidad, calificación e idoneidad personal de quien sirva dicho cargo y, en consecuencia, les corresponderá el sueldo y demás remuneraciones de ese grado, excluyendo toda discriminación que pueda alterar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres”.

Vemos que en la correlación de estas tres normas sí existió un interés real de contribuir a la disminución de la brecha salarial como consecuencia de las discriminaciones entre hombres y mujeres o, al menos, un interés de modificar el *status quo*. Sin embargo, ninguna de ellas responde a alguno de los puntos detectados en el diagnóstico realizado por el Congreso.

Se destaca la exigencia de la incorporación en el RIHOS de un procedimiento aplicable a los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis. Creemos que ello es un paso en orden a concientizar a las empresas sobre la necesidad de resguardar la igualdad de remuneraciones. Sin embargo, estimamos que esta norma tiene un vicio base, pues de qué manera podría una mujer fundamentar un reclamo si no tiene acceso a la información sobre el monto de las remuneraciones de sus pares. Al efecto, el registro de cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales no es suficiente para esta finalidad. ¿De qué manera puede llegar a enterarse una mujer de que es víctima de discriminación en su remuneración por el hecho de ser mujer? Esta falencia ha sido subsanada por la práctica jurídica,

a través medidas prejudiciales, estableciéndose una barrera francamente alta a la hora de hacer efectivo un reclamo.

Distinta es la situación del sector público, donde por aplicación de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, las remuneraciones de los funcionarios son públicas, de manera que se facilita considerablemente el ejercicio del derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos dejar de reflexionar sobre la coherencia de las medidas planteadas por la ley N° 20.348 en relación con las causas de la desigualdad de remuneraciones. No podemos dejar de preguntarnos si es este el camino correcto para la solución del problema de fondo. Y es que detrás de toda esta discusión, subyace una pregunta que limita con el campo de la sociología:

¿Por qué los empleadores pagan menos a las mujeres?

Y es que por absurdo que parezca, nadie pareciera haberse hecho esta pregunta. Si analizamos desde una mirada teleológica la ley N° 20.348, la respuesta a dicha pregunta pareciera ser una sola: la discriminación de género. Es decir, se asume que el empleador realiza una diferenciación arbitraria en el que decide pagar menos a la mujer, por el hecho de ser tal, dejando entrever una condición casi misógina que lo motiva a pagarle menos a la trabajadora. Desde este punto de vista, y si fuera este el diagnóstico, algo de sentido tendría el camino elegido por el legislador, el que –aunque deficiente– va en la línea de la sanción al empleador.

Sin embargo, y, si bien pueden existir caso excepcionales, la regla general –y como correctamente detecta el Congreso– es que el empleador paga menos a las mujeres por razones económicas. Por tanto, las soluciones deben apuntar hacia resolver dichas razones económicas y no en la línea de establecer sanciones en una suerte de responsabilidad objetiva mal configurada, que busca expiar las asimetrías de mercado, en un solo y único responsable: el empleador.

Al respecto, muy asertado nos parece el análisis que realiza el juez titular del Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, Sebastián Bueno Santibáñez, en causa RIT T-16-2017:

“La mujer enfrenta serias dificultades en el acceso y desarrollo en el mercado laboral por la doble labor que le impone recibir la exigencia de conciliación de vida familiar y laboral, en mucha mayor medida que el hombre, debido a los patrones culturales dominantes de nuestra sociedad que la recargan en tal sentido. Es cierto que contrarrestar patrones culturales arraigados no es responsabilidad exclusiva de la empresa, pero sí lo es cumplir la ley, y la ley es la que, en esta materia, tiene una dirección contracultural, esto es, va contra la tendencia cultura dominante; se hace presente que no es primera vez que la ley tiene ese afán, siendo una herramienta eficaz y de común uso en materias de no discriminación.

Desde la óptica de la mencionada cultura dominante, no se advierten estos fenómenos y fácilmente se intentan explicar con motivos tautológicos, extraídos desde la misma desigualdad, tales como una supuesta libertad de elección u opción por no trabajar al mismo ritmo que un hombre. Un observador poco agudo o no instruido en la materia, no sabe o no podrá concluir que el fenómeno de que las mujeres ganan menos que los hombres se debe a que desarrollan en menor medida sus carreras a causa del doble rol que asumen al conciliar la vida familiar y las responsabilidades laborales. Esa obligación, conciliación de la vida familiar y laboral, debe recaer en ambos sexos, sin embargo culturalmente se la llevan principalmente ellas, con el consabido perjuicio. Debido a ese fenómeno, no es extraño que los hombres tengan más experiencia o que las mujeres no postulen siquiera a puestos de trabajo que les demanden mayor tiempo, resultando en el evidente hecho público y notorio de la odiosa diferencia de remuneraciones entre sexos, que en términos generales se da en nuestra economía. Por tanto, para corregir esta situación y rectificar los injustos resultados a que conduce, la ley establece obligatoriedad en la igualación de remuneraciones, salvo las condiciones lícitas de idoneidad personal”.

III. LA PARADOJA: LOS RESULTADOS DESPUÉS DE DIEZ AÑOS DE LA DICTACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY N° 20.348

I. Bajo número de denuncias

Este punto precisamente fue observado por el Comité de la Cedaw en 2012²⁴, el que señala:

“Si bien observa los esfuerzos realizados por el Estado parte para ofrecer formación a mujeres en ámbitos en que tradicionalmente ha predominado el hombre, el Comité sigue preocupado por la baja participación de la mujer en el mercado de trabajo, especialmente en el caso de las mujeres migrantes y las mujeres indígenas, por la persistencia de diferencias salariales entre las mujeres y los hombres y por el hecho de que el Estado parte no haya incluido el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor en la ley N° 20.348 (2009) sobre el derecho a la igualdad en las remuneraciones, de conformidad con las normas de la OIT. Aunque observa que en la ley N° 20.348 se establece un mecanismo de presentación de denuncias, *el Comité está particularmente*

²⁴ NACIONES UNIDAS (2012).

preocupado por el reducido número de denuncias interpuestas. El Comité recomienda al Estado parte que: a) Considere la posibilidad de modificar su legislación para incluir el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor a fin de reducir las diferencias salariales entre mujeres y hombres, de conformidad con el Convenio N° 100 (1951) de la OIT sobre igualdad de remuneración; b) Establezca mecanismos eficaces para hacer efectiva la ley N° 20.348; c) Intensifique los esfuerzos para establecer medidas y programas encaminados a mejorar la situación de la mujer en el mercado laboral, lo que incluye la integración de las mujeres migrantes e indígenas”.

Este aspecto fue corroborado por la Dirección del Trabajo, la que en 2015 informó al diario *La Tercera*²⁵:

“entre el año 2011 y el 2014 se registraron un total de 21 denuncias por vulneración de derecho de igualdad de remuneraciones por sexo, distribuidas de la siguiente manera: cinco correspondientes al año 2011; una correspondiente al año 2012; nueve correspondientes al año 2013 y seis correspondientes al año 2014. En 2015 no se presentaron denuncias. Entre los años 2016 y 2017, las Oficinas de Derechos Fundamentales y Libertad Sindical de las Direcciones Regionales de la Región Metropolitana han realizado seis investigaciones por discriminación remuneracional entre hombres y mujeres, de las cuales cinco han concluido con la interposición de denuncias judiciales”.

II. Las causas judicializados se refieren mayormente a reclamaciones judiciales de multas por omisión del Procedimiento de Reclamo en el RIOHS

Tal como anticipamos, la exigencia de incorporación de un procedimiento de reclamo en el RIOHS, dado se trató de una innovación en nuestra legislación, era esperable que tuviera mayor impacto que la acciones en procedimiento de tutela por vulneración a la igualdad de remuneraciones.

En esta materia, el actuar de la Dirección del Trabajo ha sido relevante, tanto respecto de fiscalizaciones de oficio como aquellas generadas por denuncia. Sobre esta materia, la Dirección el Trabajo ha señalado que las fiscalizaciones por denuncia están orientadas:

- a) Preferentemente, hacia los reglamentos internos que hayan sido impugnados por los delegados del personal, trabajadores u organizaciones sindicales de la respectiva empresa, así como de aquellos

²⁵ “Ley de Igualdad Salarial: se han presentado 27 denuncias en 7 años” (2018).

respecto de los cuales los fiscalizadores hubieren detectado ilegalidades o presentasen dudas que justificaran dicha revisión.

- b) Esta instrucción, sin embargo, no es absoluta y puede justificarse el estudio de un reglamento interno fuera de estas situaciones. La indagación podría estar dirigida a uno o más sectores (aquellos en que el empleo es más feminizado, por ejemplo) y utilizar métodos menos costosos que la fiscalización clásica, como encuestas vía internet, por señalar alguno.

Es, por tanto, parte de los deberes del Servicio fiscalizar que estas modificaciones sean efectivamente realizadas por las empresas a las cuales les corresponde modificar su RIOHS. La actuación de la Dirección del Trabajo va más allá de fiscalizar la inclusión de las materias obligadas por la ley: en un caso específico, el sindicato de una empresa de comunicaciones impugnó ante el Servicio la descripción de los cargos que hizo la entidad.

III. Los pocos casos que llegan a tribunales, son desestimados por razones de forma

Revisadas las sentencias, es posible advertir la dificultad que existe en tribunales para aquellas mujeres que han optado por judicializar sus reclamos. Al respecto, un alto porcentaje de las causas en procedimiento de tutela son rechazadas, por motivos tan diversos como: deficiencias de la prueba rendida²⁶, deficiencias de los informes de fiscalización de la Dirección del Trabajo²⁷, falta de claridad en la acción planteada²⁸, entre otras.

IV. CONCLUSIONES

1. El artículo 62 bis del *Código del Trabajo*, incorporado por la ley N.º 20.348 y que prohíbe la discriminación salarial entre hombres y mujeres no es más que una concreción del propio artículo 19 N.º 16 de la *CPR*, que prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal. En ese sentido y dado que la discriminación salarial es un tipo de discriminación, parece tener sentido que la especie (discriminación salarial), se regule de igual manera que el género (discriminación laboral).

²⁶ Sentencia RIT T-41-2015 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

²⁷ Sentencia RIT T-21-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó. Es este el aspecto que más llama la atención en cuanto a los fundamentos del rechazo, y bien podría proponerse un estudio de esta materia.

²⁸ Sentencia RIT T-20-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó.

2. Llama poderosamente la atención la asimetría entre el diagnóstico realizado por el Congreso Nacional y la solución propuesta, la que reitera la norma constitucional, por lo que sin necesidad de que se dictase la ley N° 20.348, podría igualmente haberse aplicado el artículo 19 N° 16 de la *CPR*, en materia de discriminación salarial.
3. Si las casuales de la brecha salarial fueron el inferior capital humano de la mujer, las trayectorias intermitentes de su carrera profesional y la idea que la contratación de mujeres implica un costo alto, no se explica de qué manera, la reiteración de normas existentes podría resolver las discriminaciones salariales.
4. En ese sentido, lo lógico hubiese sido buscar formas de aminorar las brechas generando políticas públicas destinadas a:
 - Potenciando mecanismos de capacitación pertinentes con las necesidades del mercado.
 - Generar programas destinados a ser un puente en las interrupciones de la carrera profesional de la mujer.
 - Eliminación de mayores costos en la contratación de mujeres.
5. En cuanto a la aplicación del Procedimiento de Tutela, sin necesidad de invocar el artículo 62 bis, con las normas existentes –de la conjugación de los artículos 19 N° 16 de la *CPR* y 2° del *Código del Trabajo*– es posible llegar a la misma conclusión que dicho artículo explicita.
6. En cuanto a las modificaciones al RIOHS, que exigen la incorporación de un procedimiento de reclamo, estimamos que –a pesar de no compartir este mecanismo como única solución– tiene una gran falencia, pues las mujeres no tienen como saber que reciben una menor remuneración como consecuencia de ser mujer.
7. Las verdaderas razones –en la gran mayoría de los casos– de la brecha salarial entre hombres y mujeres, responde a aspectos económicos, y no a una voluntad recalcitrante de los empleadores por discriminar a las mujeres con un menor salario. Por lo anterior, las soluciones deben atacar las asimetrías de mercado que perjudican a las mujeres, en vez de expiar dichas culpas en el empleador.
8. Todo lo anterior es corroborado por el análisis jurisprudencial realizado, del cual –a casi seis años de la modificación legal– principalmente pudimos concluir:
 - Bajo número de denuncias.
 - La mayor parte de las causas judicializadas, se refieren a reclamaciones judiciales de multas.
 - Pocos casos que llegan a tribunales, son desestimados por razones de forma de los informes de fiscalización, deficiencia de la prueba o falta de claridad en la acción planteada.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2003): “La Tutela del Derecho a la No Discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, en *Revista de Derecho*, vol. 4: pp. 25-41. ISSN 0718-0950.
- CASTRO CASTRO, José Francisco (2001): “Discriminación en las relaciones laborales. Algunos casos particulares”. Disponible en www.dt.gob.cl/1601/articles-65173_recurso_1.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- DÍAZ ANDRADE, Estrella (2015): “La desigualdad salarial entre hombres y mujeres. Alcances y limitaciones de la Ley N.º 20.348 para avanzar en justicia de género”, en DIRECCIÓN DEL TRABAJO. DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, *Cuaderno de Investigación* n.º 55, mayo 2015. Disponible en dt.gob.cl/portal/1629/articles-105461_recurso_1.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2004): Dictamen 3704/134 de 11 de agosto.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2010): Dictamen 1187/018 del 10 de marzo.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS. ENCLA GÉNERO (2011): “Informe de resultados séptima Encuesta Laboral”. Disponible en www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-101347_recurso_1.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2014): Dictamen 2669/033 de 18 de julio de 2014.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS. ENCLA (2014): “Inequidades y brechas de género en el empleo. Informe de resultados octava Encuesta Laboral”. Disponible en www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-108317_recurso_3.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- HENRÍQUEZ RIQUELME, Helia y Verónica RIQUELME GIAGNONI (2010): “El derecho a ganar lo mismo Ley 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres”, en *Temas Laborales*, N.º 27, Dirección del Trabajo, diciembre: pp. 1-30.
- HORBATH, Jorge y Amalia GRACIA (2014): “Discriminación laboral y vulnerabilidad de las mujeres frente a la crisis mundial en México”, en *Econ. Soc. Territ*, vol. 14, N.º 45: pp. 465-495. ISSN 1405-8421.
- “Ley de Igualdad Salarial: se han presentado 27 denuncias en 7 años” (2018), en diario *La Tercera*, 9 de marzo de 2018. Disponible en www.latercera.com/nacional/noticia/ley-igualdad-salarial-se-presentado-27-denuncias-7-anos/92799/ [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].
- NACIONES UNIDAS (2006): “Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”. Distr. General, 25 de agosto. Disponible en www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw36/cc/chile/0647950S.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre 2019].
- NACIONES UNIDAS (2012): “Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” Distr. General, 12 de noviembre.

Disponible en <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf> [fecha de consulta: 23 de febrero de 2016].

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2001): *Estructura Funcional del Derecho*, Santiago, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho, 2001.

UGARTE CATALDO, José Luis (2013): *Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo*, Santiago, Legal Publishing, 2013.

VALDÉS ECHENIQUE, Teresa (2013): “La CEDAW y el Estado de Chile: viejas y nuevas deudas con la igualdad de género”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 9: pp. 171-181 ISSN 0718-2058.

Sentencias

Sentencia RIT T-41-2015 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Sentencia RIT T-21-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó.

Sentencia RIT T-35-2015 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Sentencia RIT T-20-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó.

Sentencia RIT T-1516-2018 del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Sentencia RIT T-62-2017 del Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua.

Sentencia RIT O-5418-2017 del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Sentencia RIT T-4-2018 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Sentencia RIT T-16-2017 del Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo.

Sentencia RIT T-103-2016 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Sentencia RIT T-108-2013 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

Sentencia RIT T-198-2011 del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

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 desaprobado 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 mucha 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.

MUJER Y GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

WOMEN AND GENDER IN INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

*Raúl F. Campusano D.**
*Verónica Venegas Díaz***

RESUMEN: El trabajo busca hacer una primera aproximación general a la presencia y expresión que temas como mujer y género tienen en derecho y política internacional ambiental. Para ello se revisan textos positivos de derecho internacional del ambiente. También se analizan tres organizaciones no gubernamentales ambientales. Entre los cuerpos jurídicos revisados están la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano (1972), la Cumbre de la Tierra en Rio de Janeiro (1992), el Plan de Aplicación de la Cumbre de Johannesburg, la Declaración de Río+20: el Futuro que Queremos, el Convenio sobre la Diversidad Biológica –CBD (1992)– la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático –CMCC (1992)– y la Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación –CLD (1994). Las organizaciones de la sociedad civil revisadas son National Resources Defense Council (NRDC), World Wildlife Fund (WWF) y Greenpeace Internacional.

PALABRAS CLAVE: Mujer - Género - Ecología - Ambiente - Derecho internacional - Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano - Cumbre de la Tierra en Rio de Janeiro - Plan de Aplicación de la Cumbre de Johannesburg - Declaración de Río+20 - el Futuro que Queremos - Convenio sobre la Diversidad Biológica - Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático - Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra

* Profesor titular de la Universidad del Desarrollo. Director académico del magister en derecho ambiental UDD. Abogado de la Universidad de Chile. Master en derecho de la Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos.

** Abogada de la Universidad de Chile. Magister en derecho ambiental de la Universidad del Desarrollo. Master in Sociocultural Anthropology, University of Binghamton, Estados Unidos.

la Desertificación - National Resources Defense Council - World Wildlife Fund - Greenpeace Internacional.

ABSTRACT: This work attempts a first general approach to the presence and expression that issues like “woman and gender” have in international environmental law and policy. To achieve this goal, legal agreements and declarations are reviewed. Three environmental non-governmental organizations are also reviewed. Among the reviewed legal bodies it is possible to highlight Stockholm Declaration on the Human Environment (1972), Earth Summit at Rio de Janeiro (1992), the Action Plan at Johannesburg Conference, the Declaration the Future we Want, at Rio +20, the Convention on Biological Diversity CBD (1992), United Nations Framework Convention on Climate Change UNFCCC (1992), and the United Nations Convention to Combat Desertification, UNCCD (1994). The civil society organizations reviewed are National Resources Defense Council (NRDC), World Wildlife Fund (WWF) and Greenpeace International.

KEY WORDS: Woman - Gender - Ecology - Environment - International Law. Stockholm Declaration on the Human Environment - Earth Summit at Rio de Janeiro - The Action Plan at Johannesburg Conference - The Declaration The Future we Want - At Rio +20 - The Convention on Biological Diversity - United Nations Framework Convention on Climate Change - The United Nations Convention to Combat Desertification. The Civil Society Organizations Reviewed are National Resources Defense Council - World Wildlife Fund - Greenpeace International.

“Those who contemplate the beauty of the earth find reserves of strength that will endure as long as life lasts. There is something infinitely healing in the repeated refrains of nature – the assurance that dawn comes after night, and spring after winter”.

Rachel Carson

INTRODUCCIÓN

La mujer, lo femenino y los temas de género se encuentran estrechamente relacionados con la ecología y el ambiente¹. Desde esa perspectiva, parece

¹ Existe una abundante literatura sobre mujer y ecología. El ecofeminismo ha encontrado su lugar entre las diferentes escuelas de pensamiento ecológico y se puede observar su desarrollo sistemático y su creciente influencia en la toma de decisiones políticas en materias

interesante explorar las formas en que esa relación se expresa en el derecho internacional ambiental. En este texto, se revisan diversos textos relacionados con este derecho para identificar la forma en que se recoge el concepto y tema mujer y género².

La sociedad moderna ha experimentado profundos cambios a lo largo de los últimos cien años en relación con los papeles que tradicionalmente asignaba a las mujeres, los que han sido reconocidos de forma paulatina y sostenida por las legislaciones nacionales y, desde mediados del siglo pasado, por la comunidad internacional en diversos tratados de derechos humanos, siendo el más destacado la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por las Naciones Unidas en 1979.

En paralelo, las preocupaciones por los problemas generados por la creciente contaminación y degradación del medio natural, la pérdida de biodiversidad y el cambio climático global, han sido también recogidas y reguladas en diversos cuerpos normativos del derecho internacional, a la vez que han propiciado la creación de numerosas organizaciones de la sociedad civil que con el tiempo se han convertido en actores internacionales de gran influencia en los foros globales junto a gobiernos y el sector privado.

Desde la década de 1980 en adelante se observa una progresiva integración de ambas temáticas, mujer y entorno natural, tanto en la regulación que distintos instrumentos del derecho internacional están generando, como en las políticas normativas que las más influyentes ONG ambientales han ido adoptando para el cumplimiento de sus fines.

Esta integración nos ha hecho plantearnos las siguientes preguntas: ¿Cómo aparece la mujer en estos cuerpos normativos? ¿Cómo se plasma la igualdad de género en ellos? ¿Con qué fines? Para responderlas hemos

de ambiente y ecología. Desde ya, cabe destacar la obra de Karen J. Warren y en especial su libro *Ecofeminist Philosophy*. También puede destacarse el trabajo, en un espacio diferente de Vandana Shiva y en especial su libro *Staying Alive: Women, Ecology and Development*. Otras autoras que han trabajado el tema son: Petra Kelly, Riane Eisler, Maria Mies, Terry Tempest Williams, Val Plumwood, Wangari Maathai, Carol J. Adams and Susan Griffin. También debiera considerarse en esta lista a Rachel Carson, bióloga y autora de la obra *Silent Spring* considerada la base de la reflexión y activismo ambiental contemporáneo. Finalmente, debe reconocerse también el papel y relevancia de varias autoras de ficción que, a través de sus trabajos han levantado una reflexión y una filosofía eco-feminista como, por ejemplo, Ursula K. Le-Guin, Margaret Atwood, and Sheri S. Tepper.

² Por cierto, se trata de una muestra. Se optó por seleccionar algunos de los principales textos multilaterales de derecho internacional ambiental y algunas declaraciones que nos parecieron especialmente apropiadas. En el caso de las organizaciones de la sociedad civil, se seleccionaron tres importantes NGO. De esta forma, este trabajo puede entenderse como una primera aproximación a un tema de mayor envergadura.

realizado una revisión de la principal normativa internacional ambiental, recogida en tratados y declaraciones, así como de la estructura normativa organizacional de algunas de las principales ONG ambientalistas del mundo, identificando la presencia que el enfoque de género tiene o no jurídicamente en dichas fuentes, y la relevancia que se les reconoce a las mujeres en ellas.

Revisaremos las declaraciones resultantes de las conferencias sobre ambiente realizadas en Estocolmo en 1972, Rio de Janeiro, en 1992 y 2012, Johannesburgo en 2002 y New York en 2015; y los principales tratados internacionales derivados de ellas, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático de 1992, la Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación de 1994, la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales de la Comisión Económica de las Naciones Unidas Para Europa de 1998, y el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe de 2018.

Asimismo, revisaremos las políticas y declaraciones en relación con las mujeres y el enfoque de género de tres influyentes organizaciones no-gubernamentales ambientales: National Resources Defense Council (NRDC), World Wildlife Fund (WWF) y Greenpeace Internacional.

A lo largo de la revisión realizada, analizaremos que la vinculación mujer-género-ambiente se ha dado sobre todo, aunque no exclusivamente, en el marco de la agenda internacional de desarrollo, en especial en su versión actual de desarrollo sostenible, entendido como aquel que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones del futuro para atender sus propias necesidades³, y que se basa en tres pilares interdependientes que se refuerzan mutuamente: el desarrollo social, el desarrollo económico y la protección del ambiente⁴. Arraigada en el pilar social del desarrollo sostenible, la mujer aparece como sujeto de derechos y agente en las políticas públicas y privadas que conducen al cumplimiento de los objetivos planteados en los diversos instrumentos. Se busca garantizar el logro del derecho a la igualdad de género, ya no aisladamente de las cuestiones ambientales, sino en y a través de ellas. Para ello, la comunidad internacional ha tomado una decisión político-conceptual reconocida expresamente en múltiples instrumentos, que es la

³ ONU (1987).

⁴ ONU (2002).

“incorporación [transversal] de la perspectiva de género como estrategia aceptada mundialmente para lograr la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas”⁵.

Esta estrategia, conocida en inglés con la expresión “gender mainstreaming”, consiste en “evaluar las consecuencias que acarrea para las mujeres y los hombres cualquier actividad planificada, incluidas las leyes, las políticas o los programas, en todos los sectores y a todos los niveles y... es una estrategia para convertir las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como las de los hombres, en una dimensión esencial de la elaboración, aplicación, supervisión y evaluación de políticas y programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y de que no se perpetúe la desigualdad”⁶, y ha sido no solo adoptada por los miembros de la comunidad internacional organizada en el sistema de Naciones Unidas, sino, también, en mayor o menor medida, por algunas de las más influyentes organizaciones no gubernamentales medioambientales del mundo.

Es necesario recordar que la búsqueda de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y niñas se asienta en el reconocimiento de los derechos humanos y la dignidad intrínseca de hombres y mujeres, establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo⁷. Por ello, la transversalización de género no es un enfoque que se aplique solo al diseño y ejecución de políticas públicas o privadas relacionadas con ambiente y desarrollo, sino, también, se centra en la cultura organizativa de las entidades abocadas a dichas temáticas (públicas o privadas), sus políticas y prácticas, a efectos de lograr eliminar la desigualdad de género existente al interior de ellas⁸.

⁵ Ecosoc (2019). La adopción de la perspectiva transversal de género en todo el sistema de Naciones Unidas se hizo por primera vez en 1997 por el Consejo Económico y Social, reafirmada en numerosas resoluciones hasta la fecha.

⁶ *Ibid*

⁷ ONU (1995).

⁸ Un buen ejemplo de esta “doble” aplicación de la perspectiva de género se da en el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (Pnuma). PNUMA (2015).

PRIMERA PARTE

MUJER Y GÉNERO EN DECLARACIONES Y TRATADOS INTERNACIONALES AMBIENTALES

*De la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano (1972)
a la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro (1992)*

La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, acordada en la primera conferencia de su tipo de Naciones Unidas en junio de 1972, es considerada el hito fundante de la preocupación de la comunidad internacional por el creciente deterioro ambiental y sus impactos en la humanidad, expresado en un instrumento de derecho internacional. Partiendo del reconocimiento de

“la necesidad de un criterio y unos principios comunes que ofrezcan a los pueblos inspiración y guía para preservar y mejorar el medio humano”⁹,

el conjunto de países proclaman veintiséis principios que guiarán el actuar de las naciones en sus esfuerzos para progresar en la senda del desarrollo humano. Este, a esa fecha, era mayormente considerado en sus ámbitos social y económico, desprovisto de las consideraciones ecológicas y de género como lo conocemos hoy, en su versión de desarrollo sostenible. La naturaleza es vista primordialmente como un conjunto de recursos materiales para ser usados por los seres humanos en pos del mentado desarrollo, y su conservación y preservación tienen valor en pos de ese objetivo.

Analizando el texto de la declaración y comprendiendo el contexto histórico-cultural que le dio origen, cabe destacar su neutralidad de género, partiendo por establecer como sujeto de referencia central respecto al cual se elabora el discurso a “el hombre”, término usado en su sentido general de “ser humano”, sin ninguna mención a las mujeres y su particular situación en el contexto de degradación ambiental que se estaba constatando ni su papel en el proceso de desarrollo humano que se exalta, cuestiones ambas que como veremos más adelante, se han tornado fundamentales en los últimos años en torno a la agenda internacional de desarrollo sustentable.

Recién doce años después, en 1984, se dio inicio oficial al reconocimiento expreso de la necesidad de incluir el enfoque de género en la agenda internacional del desarrollo, con la creación por parte del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de un grupo asesor para las

⁹ ONU (1992).

mujeres (Senior Women's Advisory Group on Sustainable Development), el que

“comenzó a estudiar y aconsejar al Programa sobre la conexión que existe entre los problemas de exclusión en tanto afectan a las mujeres, los roles que ellas cumplen y el daño hecho al medioambiente con ocasión del desarrollo, y las formas para lidiar con ambas situaciones”¹⁰.

Luego de ese hito, en 1985, la Tercera Conferencia Mundial sobre Mujeres realizada en Nairobi,

“incorporó oficialmente al medioambiente en los debates sobre mujeres, a la luz de las relaciones entre ambos, y ligando estas cuestiones a las del desarrollo”¹¹.

En los años posteriores a este hito, el tejido jurídico internacional entre mujer, género y ambiente continuó hilándose camino a la Conferencia de Río en 1992. Siempre ligado al tema del desarrollo, desde el Reporte de la Comisión Brundtland en 1987, que definió y delineó el desarrollo sustentable, posicionando una visión de las mujeres como poseedoras de conocimiento y habilidades que les permitirán actuar como efectivas gestoras del ambiente; pasando por diversas reuniones regionales internacionales de desarrollo auspiciadas por el PNUD (África, países árabes, Asia, y Latinoamérica y el Caribe) en que se recopiló la información disponible sobre los principales problemas medioambientales de cada región y sus efectos sobre las mujeres; hasta reuniones de escala global de diversas organizaciones de base de mujeres de todo el mundo, que analizaron en detalle la situación y formularon sólidas recomendaciones para presentar en la ya inminente Conferencia de Río, que comentaremos a continuación¹².

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. ONU 1992

Se ha dicho de esta conferencia, llamada “Cumbre de la Tierra” que es la que “posiblemente marcó el primer reconocimiento del género en el derecho ambiental internacional”¹³. El Principio 20 señala:

¹⁰ RICO (1998), p. 15.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Op. cit.*, p. 16.

¹³ GALIZZI & HERKLOTZ (2013), p. 31.

“Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo. Es, por tanto, imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible”¹⁴.

Esta declaración ha ido cobrando cada vez más relevancia con el tiempo, y como veremos más adelante, gracias al gradual entendimiento y aceptación por parte de la comunidad internacional de las complejas e interdependientes relaciones entre género, sostenibilidad y ambiente, actualmente se reconoce en los instrumentos internacionales que el logro de la igualdad de género es *conditio sine qua non* para el logro del desarrollo sostenible.

La conferencia, por otra parte, produjo tres convenios internacionales relativos a naturaleza y ambiente, en respuesta a la degradación de los ecosistemas, su impacto en el medio humano y el cambio climático: el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y la Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación, en los cuales también, como se verá después, se hacen presente las consideraciones relativas a las mujeres y de género.

La Cumbre de la Tierra produjo la llamada Agenda 21, que definió un marco de trabajo global para hacerse cargo de los desafíos que la comunidad internacional enfrenta en las tres dimensiones centrales del desarrollo sostenible¹⁵, e

“incluyó a las mujeres junto a otros nueve ‘grandes grupos’ cuyo compromiso y genuina participación fueron considerados críticos para la efectiva implementación de sus objetivos, políticas y mecanismos”¹⁶.

La Agenda dedicó una sección completa (el capítulo 24) a las mujeres, enfocado

“en el rol crucial que ellas juegan ocasionando cambios al actual modelo de consumo y producción, y enfatizando que su participación activa en la toma de decisiones políticas y económicas es necesaria para la implementación exitosa de todas las resoluciones de la Cumbre”¹⁷.

Cabe destacar la recomendación realizada a los gobiernos nacionales para desarrollar estrategias que eliminen, entre otros, los obstáculos constitucionales, legales y administrativos a la plena participación de las mujeres en el desarrollo sustentable y en la vida pública”¹⁸.

¹⁴ ONU (1992).

¹⁵ UN WOMEN (2012), p. 6.

¹⁶ GALIZZI & HERKLOTZ (2013).

¹⁷ RICO (1998), p. 17.

¹⁸ ONU (1992).

Las declaraciones y planes de acción producidos en la Cumbre de Río, marcaron un punto de inflexión trascendental que estableció un nuevo paradigma y marcó el camino para las subsecuentes reuniones, acuerdos, planes y programas de acción que tomarían los países en los grandes temas sociales y medioambientales, y desde ella

“el trabajo para conseguir el desarrollo sustentable ha integrado crecientemente sus dimensiones económica, social y medioambiental, con un fuerte foco en la erradicación de la pobreza”¹⁹.

Cabe destacar que en este periodo previo a la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible en Johannesburgo, se realizó en 1995 la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing, en la que se agregó una nueva dimensión al discurso sobre desarrollo que cambió el enfoque de género de uno centrado en las mujeres a uno centrado en las relaciones de género. La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing

“identificó la transversalización de género, los derechos humanos y el desarrollo de alianzas entre mujeres y hombres como las bases estratégicas para el logro de la igualdad de género”²⁰

y afirmó que los seres humanos están en el centro de las preocupaciones por el desarrollo sostenible, y que

“las mujeres tienen un rol esencial que jugar en el desarrollo de propuestas de manejo de recursos naturales y patrones de producción y consumo, sostenibles y ecológicamente sanos”²¹.

La Plataforma de Acción de Beijing identificó la temática de las mujeres y el ambiente como una de doce áreas críticas de preocupación, y determinó tres objetivos estratégicos para la acción gubernamental en ambiente: involucrar activamente a las mujeres en la toma de decisiones ambientales en todos los niveles; integrar sus preocupaciones y perspectivas en políticas y programas; y establecer formas de determinar el impacto de las políticas de desarrollo y ambiente en las mujeres²².

Estos hitos delinearon de forma definitiva el marco jurídico-político a partir del cual la relación entre mujer, género y ambiente se abordó en los sucesivos instrumentos que la comunidad internacional generó, especialmente en torno a la agenda de desarrollo sostenible.

¹⁹ ONU (1992).

²⁰ UN WOMEN (2012), p. 7.

²¹ *Ibid.*

²² UN WOMEN webpage.

De Johannesburgo 2002, A Rio+20 2012

La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible realizada en Johannesburgo, produjo una declaración y un plan de aplicación de sus resultados, partiendo por reafirmar el compromiso de la comunidad internacional con la senda del desarrollo sostenible. En el texto de la declaración se aprecia cómo la cuestión de género continúa imbricándose con la cuestión ambiental, ligadas por la agenda del desarrollo sostenible y sus tres pilares: el desarrollo social, el económico y la protección ambiental. Destacando que “la erradicación de la pobreza es el más grande desafío global contemporáneo y que es un requisito indispensable para el desarrollo sostenible”²³, la declaración en su párrafo 20 señala que los Estados firmantes se comprometen a

“asegurar que la potenciación y emancipación de la mujer y la igualdad de género se integren en todas las actividades que abarca el Programa 21, los objetivos de desarrollo del Milenio y el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre”²⁴.

El documento que contiene el Plan de Aplicación contiene

“más de 45 referencias a mujeres y género a lo largo de una variedad de materias, que van desde la eliminación de la violencia y la discriminación, a la agricultura, biodiversidad, educación y acceso a servicios de salud, tierras y otros recursos”²⁵,

en orden a hacer avanzar la igualdad de género, promoviendo el acceso igualitario y la plena participación en la toma de decisiones, así como aplicar transversalmente la perspectiva de género en todas las políticas y estrategias relativas al desarrollo sostenible²⁶.

Esta última consideración²⁷, como adelantamos en la Introducción, ha sido recogida gradual y sistemáticamente a lo largo del tiempo por las principales agencias y programas del sistema de Naciones Unidas que trabajan en temáticas medioambientales y de desarrollo, como el Ecosoc y el PNUD, que han ordenado al interior de sus propios entramados institucionales e instado a los gobiernos de los países miembros a incorporar un enfoque de género integrado en todas sus políticas²⁸.

²³ UN WOMEN (2012), p. 6.

²⁴ ONU (2002).

²⁵ GALIZZI & HERKLOTZ, (2013), p. 32.

²⁶ UN WOMEN (2012).

²⁷ Transversalización de género, o enfoque integrado de género. *Mainstreaming* en inglés.

²⁸ GALIZZI & HERKLOTZ (2013).

Declaración de Río+20: El Futuro Que Queremos.
ONU 2012

Veinte años después de la Cumbre de la Tierra en 1992, la comunidad internacional volvió a reunirse en Río de Janeiro, para revisar la agenda global de desarrollo sostenible, y tomar nuevos acuerdos para seguir implementándola. La declaración final reafirma el compromiso con dicha agenda, reconoce a la erradicación de la pobreza como el mayor problema que enfrenta el mundo, y la incluye, junto con

“la modificación de las modalidades insostenibles y la promoción de modalidades de consumo y producción sostenibles, y la protección y ordenación de la base de recursos naturales del desarrollo económico y social”

como objetivos generales y requisitos indispensables del desarrollo sostenible²⁹.

En relación con las mujeres, el género y el pilar ambiental del desarrollo sostenible, la declaración contiene múltiples referencias a su respecto, destacando, en el capítulo sobre los grupos principales, su reconocimiento como uno de ellos, señalando:

“las mujeres pueden contribuir decisivamente al logro del desarrollo sostenible. Reconocemos la función de liderazgo de las mujeres y resolvemos promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y asegurar su participación plena y efectiva en las políticas, los programas y los procesos de adopción de decisiones en materia de desarrollo sostenible a todos los niveles”³⁰.

La declaración, junto con dedicar un capítulo completo a la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres (párrafo 236 y siguientes), reconoce al enfoque de género y a las mujeres y sus papeles en diversas áreas relacionadas con el ambiente, como

“economía verde; seguridad alimentaria y nutrición, y agricultura sostenible; agua y saneamiento; mares y océanos; reducción de riesgos de desastres; y desertificación, degradación de la tierra y sequía”³¹.

La Cumbre de Río+20, a través de su declaración “El futuro que queremos”, llamó a la comunidad internacional a elaborar un conjunto de ob-

²⁹ ONU (2012).

³⁰ *Ibid.*

³¹ GALIZZI & HERKLOTZ (2013), p. 38.

jetivos de desarrollo sostenible, para avanzar en la “puesta en marcha de medidas concretas y coherentes” sobre el mismo, indicando que ellos “deben guardar relación con las tres dimensiones del desarrollo sostenible y sus interrelaciones e incorporarlas de forma equilibrada”³².

Este llamado se concretó pocos años después en la más elaborada y comprensiva agenda de desarrollo que existe hasta la fecha, la Agenda 2030, en la cual el enfoque integrado de género es central.

“Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, ONU, New York 2015

En septiembre de 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la última resolución que da un nuevo avance a la agenda global de desarrollo sostenible adoptada globalmente en la Cumbre de la Tierra en 1992³³.

Se trata de un plan de acción global que, como ningún otro que le anteceda, expande y operacionaliza un enfoque integrado para abordar las tres dimensiones del desarrollo sostenible en favor de “las personas, el planeta y la prosperidad”³⁴. Desde el preámbulo se establece y reafirma que la erradicación de la pobreza sigue siendo el mayor desafío a que se enfrenta el mundo, y que los países y partes interesadas acometerán este plan mediante una alianza de colaboración, en pos de liberar a la humanidad de aquella y “sanar y proteger nuestro planeta”³⁵.

La Agenda establece diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), operacionalizados en 169 metas y 232 indicadores, que guiarán y estimularán por los quince años siguientes la acción conjunta y global en las esferas que se consideran críticas para la humanidad y la Tierra: las personas, el planeta, la prosperidad, la paz y las alianzas. Los ODS y sus metas asociadas “son de carácter integrado e indivisible y conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental”³⁶.

En cuanto al tema que nos ocupa, la declaración contiene más de cuarenta y cinco menciones a género y mujeres en su texto, observándose una relevancia mayor al asunto que la dada en instrumentos anteriores. Se considera que la desigualdad entre los géneros existente es una cuestión de derechos humanos y que constituye un serio obstáculo al logro del desarrollo sostenible. Por ello, en el párrafo 20 se afirma:

³² ONU (2012).

³³ Res 70/1 de 25 de septiembre de 2015.

³⁴ ONU (2015), preámbulo.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

“La consecución de la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas contribuirá decisivamente al progreso respecto de todos los Objetivos y metas. No es posible realizar todo el potencial humano y alcanzar el desarrollo sostenible si se sigue negando a la mitad de la humanidad el pleno disfrute de sus derechos humanos y sus oportunidades. Las mujeres y las niñas deben tener igual acceso a una educación de calidad, a los recursos económicos y a la participación política, así como las mismas oportunidades que los hombres y los niños en el empleo, el liderazgo y la adopción de decisiones a todos los niveles... Se eliminarán todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres y las niñas, incluso mediante la participación de los hombres y los niños. La incorporación sistemática de una perspectiva de género en la implementación de la Agenda es crucial”³⁷.

La última frase del párrafo anterior reconoce la centralidad de la transversalización de género (*gender mainstreaming*) para el logro exitoso de la Agenda en su totalidad. La igualdad de género, como parte esencial e insoslayable de la dimensión social del desarrollo sostenible, se erige a través del enfoque integrado de género como hilo que atraviesa y une las otras dos dimensiones, económica y ambiental, haciéndose presente en todos los ODS, uno de los cuales es exclusivo para dicha temática: el Objetivo N° 5, que es “Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas”³⁸.

Por su parte, de los siete objetivos directamente relacionados con temas medioambientales, las mujeres son específicamente consideradas (junto a otros grupos principales) en diversas metas fijadas en cuatro de ellos, relativos a: seguridad alimentaria y agricultura sostenible, agua limpia y saneamiento, ciudades y asentamientos humanos resilientes y sostenibles, y cambio climático. Sin embargo, dada la transversalidad del enfoque de género adoptada por la Agenda, reflejada en cincuenta y cuatro indicadores específicos de género dentro de los 232 definidos para todas las metas de todos los objetivos, es posible integrar dicho enfoque en todas las acciones que se planifiquen y realicen por parte de los países respecto de todos los ODS³⁹, incluida especialmente la dimensión regulatoria en los objetivos relacionados manera directa con el ambiente.

Cabe mencionar que más que en ninguna otra declaración o plan de ejecución relativo a cuestiones medioambientales y de desarrollo, se considera a la mujer como en la Agenda 2030, en tanto agente, sujeto de derechos y de políticas públicas y privadas que conduzcan al cumplimiento de

³⁷ ONU (2015), párrafo 20.

³⁸ *Op. cit.*, objetivo 5.

³⁹ UN WOMEN (2018), p. 4.

los objetivos planteados en dichos instrumentos. En este sentido, la Agenda refleja la relevancia de las mujeres en la problemática medioambiental, tanto por sus particulares vulnerabilidades frente a la rápida degradación de los ecosistemas naturales en los cuales muchas de ellas viven y de los cuales dependen, y los efectos negativos del cambio climático que les impactan, como por sus fortalezas y aptitudes para hacerles frente y ser protagonistas de los grandes cambios que los sistemas económicos de producción y consumo están empezando a vivir, camino a la transformación del actual modelo de desarrollo hacia una plena sustentabilidad.

MUJER Y GÉNERO EN CONVENCIONES AMBIENTALES LIGADAS AL DESARROLLO SOSTENIBLE

Desertificación, biodiversidad, cambio climático y justicia ambiental

Como señalamos en la parte anterior, la Cumbre de Río en 1992 produjo tres convenios internacionales relativos a naturaleza y ambiente, en respuesta a la degradación de los ecosistemas, su impacto en el medio humano y el cambio climático: el Convenio sobre la Diversidad Biológica –CBD (1992)– la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático –CMCC (1992)– y la Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación –CLD (1994)–.

Como veremos enseguida, tanto la CBD como la CLD incluyeron desde sus inicios referencias a las mujeres y sus papeles en relación con las temáticas que ambas convenciones regulan, así como la perspectiva de género para la exitosa implementación de sus fines. No así la CMCC, que no incluyó en su texto original ninguna de las menciones señaladas. Sin perjuicio de ello, puede decirse respecto de estos tres tratados internacionales, que más allá de sus textos sino analizando sus sistemas de aplicación, sus políticas han reconocido:

“la integración de los derechos de las mujeres y las cuestiones de igualdad de género, a la mitigación de la pérdida de biodiversidad, el cambio climático y la desertificación, es no sólo esencial sino además maximiza la eficacia de las intervenciones, programas y recursos”⁴⁰.

Del mismo modo, y con base en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, que consagra el deber

⁴⁰ CBD y WEDO (sin fecha), p. 2.

de los Estados de reconocer y garantizar a todas las personas los derechos de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales, se han adoptado dos tratados internacionales regionales para implementarlos: la Convención de Aarhus, de la Comisión Económica de las Naciones Unidas Para Europa (1998) y el Acuerdo de Escazú, de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2018), este último aún pendiente de entrar en vigor.

Ambos tratados tienen relación directa y son parte de la agenda mundial de desarrollo sostenible, la que en su versión más reciente ha plasmado en el objetivo 16 de la Agenda 2030 el logro de dichos derechos de acceso, y que en relación con la temática de género y mujer, como veremos más adelante, también han considerado directa e indirectamente la incorporación del enfoque de género para la consecución de sus fines.

Convenio sobre la Diversidad Biológica (CBD), 1992

Este convenio, cuyos objetivos son

“la conservación de la diversidad biológica⁴¹, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos”⁴²

reconoce en su Preámbulo “la función decisiva que desempeña la mujer en la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica” y afirma

“la necesidad de la plena participación de la mujer en todos los niveles de la formulación y ejecución de políticas encaminadas a la conservación de la diversidad biológica”⁴³.

El sistema de la CBD se ha considerado como uno de los regímenes nominalmente más *generizados* en el derecho ambiental internacional⁴⁴. Desde 1996 la cuestión de género se reconoció en la mayoría de las resoluciones tomadas en las diferentes conferencias de las partes, protocolos y programas, en un desarrollo ininterrumpido hasta ahora, con la integración

⁴¹ CBD (1992) Por “diversidad biológica” se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

⁴² *Op. cit.*, artículo 1.

⁴³ *Op. cit.*, preámbulo.

⁴⁴ GALIZZI & HERKLOTZ (2013), p. 35.

plena del enfoque transversal para la igualdad de género en el Plan Estratégico para la Biodiversidad 2011-2020^{45, 46}.

Para el sistema de la CBD, la consideración de las cuestiones de género en relación con la biodiversidad, implica la identificación de los roles de género en relación con el uso, manejo y conservación de la biodiversidad:

“Los roles y responsabilidades de hombres y mujeres en la gestión de la biodiversidad, y su habilidad de participar en la toma de decisiones, varía entre y al interior de países y culturas. Sin embargo, en la mayoría de las situaciones existen desigualdades y diferencias basadas en el género, que tienden a favorecer a los hombres. Agudas diferencias de género son evidentes en las oportunidades económicas y el acceso y control de tierras, recursos de biodiversidad y otros activos productivos, en el poder de toma de decisiones, así como en la vulnerabilidad frente a la pérdida de biodiversidad, el cambio climático y los desastres naturales”⁴⁷.

De esta manera, para cumplir los objetivos de la Convención de Conservación de la Biodiversidad, su uso sostenible y el reparto de sus beneficios, el enfoque integrado de género aporta informando sobre las diferencias y desigualdades de género que ocurren en la práctica en esos ámbitos, para el diseño de políticas eficientes, así como en la forma en que aquellas influyen cómo hombres y mujeres son impactados diferencialmente por dichas políticas, planes y programas en cada contexto nacional y local.

Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación (CLD), 1994

El objetivo de esta Convención es

“luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, mediante la adopción de medidas eficaces en todos los niveles, apoyadas por acuerdos de cooperación y asociación internacionales, en el marco de un enfoque integrado acorde con el Programa 21, para contribuir al logro del desarrollo sostenible en las zonas afectadas”⁴⁸.

Liga de raíz el combate contra la desertificación y la sequía con el logro del desarrollo sostenible y, en ese sentido, adoptando el enfoque de

⁴⁵ CBD y WEDO (2010).

⁴⁶ Véase también: Plan de acción sobre género 2015-2020 de la CBD, COP12 (2014).

⁴⁷ www.cbd.int: Género y diversidad biológica.

⁴⁸ CLD (1994), artículo 2.

igualdad de género, incluye a las mujeres como un grupo de particular interés para la consecución exitosa de sus fines.

Ya en su preámbulo destaca

“el importante papel desempeñado por la mujer en las regiones afectadas por la desertificación o la sequía, en particular en las zonas rurales de los países en desarrollo, y la importancia de garantizar a todos los niveles la plena participación de hombres y mujeres en los programas de lucha contra la desertificación y mitigación de los efectos de la sequía”⁴⁹.

A lo largo de su texto, menciona a las mujeres en esferas en que considera crucial su participación:

“i) la sensibilización, y la concepción y ejecución de los programas; ii) las decisiones que hombres y mujeres adoptan a nivel local en la gobernanza del desarrollo, la ejecución y el examen de los programas de acción nacionales y regionales (PAN y PAR); y iii) el fomento de la capacidad, la educación y la sensibilización del público, especialmente en el plano local mediante el apoyo de las organizaciones locales”⁵⁰.

La consideración de las mujeres y la adopción y paulatina integración del enfoque transversal de género en el sistema de la CLD para la aplicación y logro de sus objetivos, han estado presentes, casi igual de intensamente que en el sistema de la CBD ya comentado a lo largo de toda su historia. Las más recientes decisiones adoptadas por las partes en las sucesivas conferencias, no han sino reforzado, por una parte, los beneficios derivados de

“fomentar y reforzar las capacidades, las aptitudes y la sensibilización de las mujeres y las niñas con vistas a aumentar su participación en todos los niveles, así como de promover los derechos de la mujer y su acceso a los recursos económicos y naturales, la propiedad y el control de la tierra y otros tipos de bienes”⁵¹,

beneficios que redundan en la eficacia y eficiencia de la aplicación de la Convención y, por la otra, el compromiso con promover y lograr la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y niñas, en sintonía con la agenda global de desarrollo sostenible. En este sentido, la Agenda 2030 contempla la lucha contra la desertificación como parte del ODS 15, cuya meta específica es la rehabilitación de tierras y suelos degradados, y la neutralización de la

⁴⁹ CLD (1994), preámbulo.

⁵⁰ Plan de Acción Sobre el Género para la CLD (2017).

⁵¹ COP13 CLD (2017), decisión 30.

degradación de las mismas⁵². La COP13 de la CLD celebrada en 2017 en Ordos, China, aprobó un marco estratégico para 2018-2030 y un plan de acción sobre el género, que apoya la incorporación del enfoque transversal de género para la aplicación de dicho marco, reconociendo la necesidad de intensificar

“la labor destinada a apoyar la participación efectiva de la mujer en la aplicación de la Convención, incluido el logro de la neutralización de la degradación de las tierras”⁵³

perseguido por la meta 15.3 de la Agenda 2030.

Cabe destacar que el Plan de Acción sobre el Género 2018-2030 para el sistema de la CLD se basa en dos principios clave que orientan la acción en terreno, y que son fundamentales de considerar para quienes elaboran leyes, políticas, planes y programas en los estados miembros:

- Las intervenciones deben reducir y no aumentar la carga de las mujeres;
- Las mujeres no deben solo contribuir a las intervenciones; también deben beneficiarse de ellas⁵⁴.

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMCC), 1992

Esta Convención establece en su artículo 2 que su objetivo es lograr

“la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible”⁵⁵.

A diferencia de la CBD y el CLD, la CMCC no contempla referencia alguna a cuestiones de género ni a las mujeres. Sin perjuicio de ello, y en un proceso más lento que las convenciones recién señaladas, las partes han ido paulatinamente incorporando la perspectiva de género en el sistema de la Convención, frente a la abrumadora evidencia de los mayores impactos que el cambio climático provoca en sectores de la población que, en todos los

⁵² ONU (2015).

⁵³ COP13 CLD (2017), decisión 30.

⁵⁴ Plan de Acción Sobre el Género para la CLD (2017).

⁵⁵ CMCC (1992).

países, son más dependientes de los recursos naturales para su supervivencia y tienen menor capacidad para responder a los peligros naturales, como sequías, aluviones, inundaciones y huracanes. Los factores de mayor vulnerabilidad tienen relación con la pobreza (que expone a las personas a mayores riesgos y cargas), y la desigual participación en la toma de decisiones y en el mercado laboral, factores que debido a la desigualdad de género prevalente en todas esas áreas, actúan de forma compuesta, impidiendo a las mujeres contribuir plenamente en la planificación, elaboración e implementación de políticas relativas al clima. Por otra parte, la evidencia también muestra que la inclusión y participación de las mujeres tanto en el ámbito político como en esferas de liderazgo local, ha llevado a mejores resultados en las políticas y proyectos relativos al clima. En el caso contrario, cuando las políticas o proyectos son implementados sin la participación significativa de las mujeres, se incrementan las desigualdades existentes y disminuye su efectividad. De ahí que actualmente se considera que la promoción del empoderamiento de las mujeres y el avance de la igualdad de género, son motores para que las comunidades sean más aptas para la mitigación, adaptación y construcción de resiliencia frente al cambio climático^{56, 57}.

Lo anterior se ha expresado dentro del sistema de la CMCC en diversas decisiones y acuerdos que las partes han tomado, con la finalidad de

“involucrar a mujeres y hombres por igual en los procesos de la Convención y en el desarrollo e implementación de políticas climáticas nacionales que sean sensibles al género”⁵⁸.

Las directrices y normas más recientes a este respecto son el Acuerdo de París el año 2015, y la indexación del Plan de Acción de Género a la Convención el año 2017.

El Acuerdo de París parte por reconocer que el cambio climático es un problema común de la humanidad, por lo cual debe ser abordado por las partes respetando, promoviendo y tomando en cuenta

“sus obligaciones con respecto a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones de vulnerabilidad, el derecho al desarrollo, la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer, y la equidad intergeneracional”⁵⁹.

⁵⁶ UNFCCC, webpage.

⁵⁷ AGUILAR *et al.* (2015), p. 2.

⁵⁸ UNFCCC, webpage.

⁵⁹ Acuerdo de París (2015).

En su texto establece que las labores de adaptación y fomento de la capacidad deben llevarse a cabo tomando en cuenta la perspectiva de género.

Por su parte, el Plan de Acción tiene por objetivo apoyar la aplicación del enfoque transversal de género a todas las actividades relativas a la adaptación, la mitigación y los medios de aplicación conexos (la financiación, el desarrollo y la transferencia de tecnología y el fomento de la capacidad), como en la adopción de decisiones sobre la aplicación de las políticas climáticas⁶⁰.

Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (Convención De Aarhus), 1998

Inspirada en las declaraciones de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972, y de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, esta Convención, acordada por los países europeos pertenecientes a la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa, tiene por objetivo

“contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar”

para lo cual cada parte

“garantizará los derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales”⁶¹.

El Principio 10 de la Declaración de Río estableció:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda”⁶²

y a partir de ahí consagró el deber de los Estados de garantizar a todas las personas el acceso a la información, la participación en la toma de decisiones, y el acceso a la justicia en materias medioambientales.

La Convención fue creada para “empoderar el rol de los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en materias ambientales” y se funda en los principios de democracia participativa, estableciendo una cantidad de dere-

⁶⁰ CMCC (2017), decisión 3/CP. 23.

⁶¹ Aarhus (1998), artículo 1.

⁶² Declaración de Río (1992), principio 10.

chos a los individuos y a dichas organizaciones, con respecto al ambiente⁶³. Estos derechos se desglosan como sigue:

- Acceso a la información ambiental: Es el derecho de los ciudadanos de recibir información ambiental mantenida por autoridades públicas.
- Participación pública en toma de decisiones: Es el derecho de los ciudadanos a participar en la preparación de planes, programas y legislación que pueda afectar el ambiente.
- Acceso a la justicia: Es el derecho de los ciudadanos de acceder a procedimientos de revisión cuando sus derechos de acceso a información y participación *pública han sido violados*⁶⁴.

El texto de la Convención es neutral en cuanto al género, y no contiene disposición alguna que se refiera a las mujeres, la equidad de género o el enfoque transversal de género. Sin embargo,

“vincula los derechos ambientales a los derechos humanos, y establece que el desarrollo sostenible solo puede ser logrado a través de la participación de todos los grupos interesados”⁶⁵.

De ahí que, en línea con los compromisos internacionales asumidos por los países europeos en materia de derechos humanos y ambiente, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) elaboró una guía que contiene lineamientos para la incorporación y aplicación del enfoque transversal de género a las actividades de la Convención, respecto a los componentes relevantes definidos en los objetivos de los sucesivos planes estratégicos adoptados para su aplicación. La inclusión de la perspectiva de género permite

“asegurar que las necesidades, conocimiento y contribuciones de ambos, mujeres y hombres, sean igualmente reflejadas y la desigualdad no sea perpetuada; asegurar que los centros [de implementación] de Aarhus representen a todos los interesados equitativamente, incrementado la transparencia, la responsabilidad y la confianza pública; incrementar la participación de las mujeres en la vida pública y en los procesos de toma de decisiones; tomar en cuenta por igual los intereses de las mujeres y hombres de modo de lograr una provisión de servicios más equilibrada y representativa; y aplicar de forma más enfocada y así más efectiva los tres pilares de la Convención”⁶⁶.

⁶³ Aarhus, webpage.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ HERMAN (2012), p. 13.

⁶⁶ *Ibid.*

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información,
la Participación Pública y el Acceso a la Justicia
en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe
(Acuerdo de Escazú), 2018

Esta Convención es la más reciente de todas las que componen el corpus de tratados de derecho internacional ambiental, y constituye el

“único acuerdo jurídicamente vinculante derivado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), el primer tratado sobre asuntos ambientales de la región y el primero en el mundo que incluye disposiciones sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales”⁶⁷.

Al igual que la Convención de Aarhus, su objetivo está fundamentado por el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, pero además por la Declaración de Río+20 y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, y es considerado no solo un instrumento jurídico en materia de protección ambiental, sino, también un tratado de derechos humanos cuyos principales beneficiarios son la población de la región, especialmente los grupos y comunidades más vulnerables⁶⁸.

El objetivo del Acuerdo establecido en su artículo 1 es

“garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”⁶⁹.

En relación con las mujeres y el enfoque de género, cabe señalar que el Acuerdo de Escazú establece como primer principio en su artículo 3 la igualdad y no discriminación, aunque no menciona en particular a las mujeres en ninguna parte del texto. Sí alude a la perspectiva de género en el artículo 7, sobre participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales, donde señala en el numeral 10:

“cada Parte establecerá las condiciones propicias para que la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales se adecúe a las

⁶⁷ NACIONES UNIDAS (2018), p. 5.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 8.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 14.

características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género del público”⁷⁰.

Abierto a la firma desde el 27 de septiembre de 2018 al 26 de septiembre de 2020, a la fecha cuenta con seis ratificaciones de los veintiún países que lo han firmado (de treinta y tres), necesitando once en total para entrar en vigor. Es dable esperar que, al igual que como sucede en todos los sistemas de las convenciones analizadas hasta ahora, las decisiones, planes y programas que se generen para el Acuerdo de Escazú contemplen la perspectiva de igualdad de género como elemento central y transversal para alcanzar con éxito sus objetivos.

SEGUNDA PARTE

MUJER Y GÉNERO EN ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES AMBIENTALES

Como comentamos al inicio de este texto, junto al desarrollo de un corpus normativo internacional en materia medioambiental que incorporó paulatinamente a la mujer como centro de preocupación en este ámbito y al enfoque transversal de género como estrategia para eliminar las desigualdades de género y lograr el empoderamiento de niñas y mujeres, otros relevantes actores internacionales de la problemática medioambiental global, las ONG han ido también abrazando entre sus fines la igualdad de género y el enfoque de género, para el logro exitoso de los mismos.

Desde organizaciones enfocadas en la política medioambiental hasta las enfocadas en conservación y preservación de la naturaleza, la cuestión de las desigualdades entre hombres y mujeres y como estas les afectan en tanto partícipes de la problemática medioambiental, ha ido cobrando cada vez más relevancia. Ello, no solo porque las organizaciones tienen como misión ser parte de las soluciones a dicha problemática y por ello necesitan estrategias que sean efectivas para el cumplimiento de sus fines, sino, también, porque en sus propias estructuras organizacionales han detectado que la desigualdad de género es un factor que no solo obstaculiza dichos logros sino, además, va contra sus principios y valores fundacionales.

En esta sección, revisaremos de qué manera tres influyentes ONG ambientalistas emblemáticas por su acción e influencia en el ámbito inter-

⁷⁰ NACIONES UNIDAS (2018), p. 26.

nacional, han incorporado en sus normativas institucionales la perspectiva de género: Greenpeace, National Resources Defense Council (NRDC) y la World Wildlife Foundation (WWF). Para ello tomaremos en cuenta dos marcos de referencia: las políticas que se han dado estas ONG para su funcionamiento interno a fin de eliminar la desigualdad de género, y la Política de Igualdad de Género y Empoderamiento de la Mujer, adoptada por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), la más importante organización internacional en conservación.

Para comenzar es necesario destacar que la desigualdad de género al interior de estas organizaciones es un problema presente tal como lo es en otras entidades, tanto privadas como públicas, pero que es objeto de mayor preocupación en su ámbito justamente porque los fines de dichas organizaciones, como veremos en un momento, incluyen el logro de objetivos como la igualdad y la justicia social, razón por la cual están viviendo procesos internos de revisión y reafirmación de sus principios y políticas a fin de hacer los cambios necesarios para generar dichos objetivos. Como dato objetivo para entender estos procesos de reforma institucional, podemos señalar que de un conjunto de cuarenta ONG ambientalistas entre las cuales se encuentran las tres que estamos comentando, se ha detectado que la gran mayoría de quienes trabajan a tiempo completo en ellas son mujeres (64%), sin embargo, sus directorios están compuestos en su mayoría (60%) por hombres, promedios no tan lejanos a los datos que corresponden a Greenpeace (53% y 64%), NRDC (61% y 59%) y WWF (69% y 70%) con las mismas tendencias en ambos indicadores⁷¹. Estos datos corresponden solo a un ámbito de expresión de desigualdades de género, como es la representación en los puestos clave de toma de decisiones. Sin embargo, la cuestión de género en estas organizaciones, también se extiende a otros ámbitos, tales como la seguridad e integridad sexual y la desigualdad en los ingresos, entre otros.

Por su parte, la UICN, creada en 1948, es una unión de miembros compuesta por Estados soberanos, agencias gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil y tiene más de mil trescientos miembros afiliados, y su misión es

“influir, alentar y ayudar a las sociedades de todo el mundo a conservar la integridad y diversidad de la naturaleza y asegurar que todo uso de los recursos naturales sea equitativo y ecológicamente sostenible”⁷².

Su trabajo ha sido fundamental en la generación de diversos tratados internacionales que se han generado en su seno, como el Convenio sobre la

⁷¹ Green 2.0 (2018).

⁷² IUCN, webpage.

Diversidad Biológica (CDB), la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Cites), la Convención del Patrimonio Mundial, y la Convención de Ramsar sobre los humedales. En línea con los principios universales que fundan el quehacer de las Naciones Unidas, considera que la

“igualdad y equidad de género son aspectos fundamentales de los derechos humanos y de la justicia social, así como un pre-requisito para el desarrollo sostenible y para lograr desarrollar la misión de la UICN”⁷³.

Esta entidad ha sido pionera en la consideración de las cuestiones relativas a género y ambiente y en la incorporación de la perspectiva de género en todos sus programas, y desde 1998 cuenta con una política de igualdad y equidad de género para transversalizar dicho enfoque en todo su quehacer⁷⁴. Tanto NRDC como WWF son parte de la UICN, por lo cual es dable esperar que hubiesen adoptado dicha política en sus estructuras normativas, cuestión que examinaremos a continuación.

National Resources Defense Council (NRDC)

Esta organización, cuyo nombre en castellano es Consejo para la Defensa de los Recursos Naturales, fue creada en Estados Unidos en 1970 y su trabajo se enfoca fundamentalmente en la defensa jurídica y legal de los derechos de las personas y comunidades al agua, el aire y a la naturaleza, en áreas de cambio climático, comunidades, energía, alimentos, salud, océanos, agua y vida silvestre, tanto en Estados Unidos como en otros países. Su trabajo fue clave para la dictación de algunas de las leyes ambientales más importante de ese país, como la Clean Air Act en 1970 y la Clean Water Act de 1977⁷⁵.

En relación con políticas que adopten el enfoque de género como parte de su entramado institucional, las referencias que encontramos tienen que ver con la afirmación de la diversidad y la inclusión en el trabajo, excluyendo la discriminación por identidad o expresión de género junto a otras (raza, religión, color de piel, nacionalidad, etcétera) en la contratación de personal. Sin embargo, y a pesar de ser miembro de la UICN, como señalamos recientemente, el NRDC no contempla, al menos en sus documentos públicos, la perspectiva de género en sus programas de trabajo.

⁷³ IUCN, webpage.

⁷⁴ IUCN (2018), p. 1.

⁷⁵ NRDC, webpage.

World Wildlife Fund (WWF)

Fundada en 1961 con sede principal en Suiza, es la organización independiente para la conservación más grande del mundo. Su misión es “detener la degradación del ambiente natural de nuestro planeta, y construir un futuro en el que la humanidad viva en armonía con la naturaleza”⁷⁶, y su trabajo se enfoca en seis objetivos de conservación: bosques, océanos, vida silvestre, alimentos, clima y energía, y agua dulce, y tres factores clave de los problemas ambientales: mercados, finanzas y gobernanza.

Hasta el año 2011 esta organización había trabajado con grupos de mujeres para mejorar sus medios de subsistencia como parte de su trabajo de conservación. Sin embargo, dentro de la propia entidad se comenzó a reconocer ya desde el año 2001 que ese enfoque dirigido solo hacia las mujeres

“y no hacia ambos, hombres y mujeres, no es el tipo de enfoque de género que debe ser integrado transversalmente en nuestros proyectos y alianzas”⁷⁷.

Alineándose con los lineamientos sobre género elaborados por la UICN de la cual es parte, adoptó en mayo de 2011 una política transversal de género para ser aplicada en sus estructuras y procedimientos programáticos y operacionales, reconociendo que la integración de dicha perspectiva implica

“ir más allá de comprender las diferencias de género, hacia la promoción de relaciones de género equitativas e igualdad de oportunidades, y la creación de condiciones justas bajo las cuales hombres y mujeres se benefician igualmente, y la desigualdad no sea perpetuada”⁷⁸.

Asimismo, y como parte integral de su política de género, considera que la sensibilidad de género debe ser aplicada a través de sus políticas de recursos humanos, procedimientos y mecanismos de gobernanza, así como en la cultura general de la organización, como precondition para la implementación de programas de conservación que respondan a las cuestiones de género, estableciendo así los lineamientos correspondientes en las áreas indicadas⁷⁹.

⁷⁶ WWF, webpage.

⁷⁷ WWF (2011) 1, p. 3.

⁷⁸ WWF (2011) 2, p. 1.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 2.

Greenpeace

Esta conocida ONG fundada en 1971 en Vancouver, Canadá, tiene por misión “asegurar la habilidad de la tierra de nutrir la vida en toda su diversidad”, para lo cual se enfoca en la protección de la biodiversidad, la prevención de la contaminación y el abuso de los océanos, la tierra, el aire y el agua dulce, el término de todas las amenazas nucleares, y la promoción de la paz, el desarme mundial y la no-violencia⁸⁰.

Trabaja sobre la base de un marco de trabajo (the Framework) que guía todo su actuar y que refleja su programa de campaña global de largo plazo, el que se centra en el bienestar de las personas y la salud del planeta, y que busca soluciones para lograr mayor equidad de género, racial y de clases⁸¹. En ese contexto valórico se plantea el trabajo con mujeres, como aliadas en el camino de la transformación que persigue para lograr los beneficios de la inclusión, la diversidad y la innovación. Tal vez por ser una organización cuyo activismo es eminentemente político, no desarrolla de forma directa proyectos comunitarios de conservación en los que se requiera aplicar un enfoque integrado de género que aporte al éxito de los mismos. Sin embargo, al igual que el NRDC, su política de género institucional es igualitaria e inclusiva.

Se rige por un “sistema de integridad” que contiene políticas de tolerancia cero a todo tipo de acoso o abuso sexual, verbal o físico, y cualquier forma de discriminación basada en género, raza, y otros aspectos del ser, y que afirma la diversidad e inclusión en el ambiente laboral, lo que implica

“garantizar que cada persona que labore en la organización, independientemente de su raza, etnicidad, género, edad, orientación sexual, clase, identidad de género, discapacidad o religión, pueda ocuparse en su trabajo, ser respetada con sus fortalezas y debilidades, y pueda contribuir a los fines de la organización al máximo de sus capacidades”⁸².

ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIONES

Mujer y género son temas que avanzan de la mano con la conciencia ambiental y ecológica. Y el ecofeminismo es una forma e interpretación de esta relación. Como dice Terry Tempest Williams

⁸⁰ GREENPEACE, webpage.

⁸¹ GREENPEACE (2018).

⁸² GREENPEACE, webpage.

“To be whole. To be complete. Wildness reminds us what it means to be human, what we are connected to rather than what we are separate from”.

A lo largo de este trabajo y situados en un contexto histórico en que la comunidad internacional ha ido progresiva e irreversiblemente ligando las problemáticas sociales, políticas, culturales y económicas a las ambientales, en una agenda global de desarrollo humano definido por la sostenibilidad, nos preguntamos qué papel se le ha asignado a la mujer y cómo se ha recogido la cuestión de la desigualdad de género en el corpus normativo creado al alero del sistema de Naciones Unidas para regular los principales temas críticos medioambientales, como la pérdida de biodiversidad, la degradación de la tierra y ecosistemas, el cambio climático, y la justicia ambiental.

Asimismo, y por la relevancia que han cobrado como actores que influyen en la referida agenda global de desarrollo sostenible, nos planteamos la misma pregunta respecto a tres de las más connotadas organizaciones no gubernamentales ambientalistas en el ámbito mundial: ¿qué papel tienen las mujeres y la igualdad de género en sus agendas y en sus organizaciones?

La revisión realizada al corpus normativo y político-jurídico de ambos referentes (comunidad internacional y ONG ambientalistas) nos permitió apreciar que, en efecto, las mujeres y la cuestión de la desigualdad de género han cobrado un papel protagónico respecto a las expectativas de lograr los objetivos relativos a la conservación y protección del ambiente, objetivos buscados tanto por los países como por la sociedad civil.

La igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y niñas se han erigido como objetivos esenciales y transversales tanto para el logro de la agenda de desarrollo sostenible como para el logro de los objetivos de las referidas organizaciones, ya que se ha comprendido que la inclusión y la igualdad de derechos y acceso a oportunidades son principios cuya realización son *conditio sine qua non* para encaminar a las sociedades a un futuro posible en que las personas vivan en armonía con la naturaleza y en pleno disfrute de sus capacidades y posibilidades.

De la consideración inicial de las mujeres como víctimas de inequidad y, por tanto, objeto de regulaciones y políticas dirigidas solo a ellas, a su visión como agentes de cambio y protagonistas de su desarrollo, se ha expandido el enfoque de género a uno que integra las relaciones de género entre hombres y mujeres, analizando las implicancias que las políticas, leyes y programas relativos a ambiente y desarrollo poseen para ambos e incluyendo sus experiencias y preocupaciones como dimensiones relevantes en el diseño, elaboración y ejecución de las mismas, con la finalidad de que ambos se beneficien equitativamente y que se logre la igualdad de género. Esta,

junto a la inclusión social, la sostenibilidad ambiental y el crecimiento económico inclusivo, son los más importantes componentes del marco político-normativo global de desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, L., M. GRANAT & C. OWREN (2015): "Roots for the future: The landscape and way forward on gender and climate change" (Washington, DC: IUCN & GGC), disponible en <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2015-039.pdf>
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. (2010): "Soft Law y el Derecho Internacional del Medio Ambiente", en XXXIX Jornadas de Derecho Público. Pontificia Universidad Católica.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. (2012): "Desde la Certeza de la Regla a la Diversidad de la Práctica: El Nuevo Derecho Internacional del Medio Ambiente", en VI Jornadas de Derecho Ambiental. Universidad de Chile.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. (2013): "Derechos Humanos y Medio Ambiente", en XLIII Jornadas de Derecho Público. Universidad de Concepción, Concepción.
- CBD y WEDO (2012): "Gender Equality and the Convention on Biological Diversity: a compilation of decision text". Disponible en <https://wedo.org/a-compilation-of-cbd-gender-equality-decision-text/>
- GALIZZI Paolo & Alena HERKLOTZ (2013): "Missing in Action: Gender in International Environmental Law", in *Powerful synergies. Gender Equality, Economic Development and Environmental Sustainability* (United Nations Development Programme), disponible en www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/womens-empowerment/powerful-synergies.html
- GREEN 2.0 (2018): "NGO Diversity Data Report Card". Disponible en www.diversegreen.org/wp-content/uploads/2019/01/NGOs_30Jan2018.pdf [fecha de consulta: 13 de octubre de 2019].
- GREENPEACE (2018): "The Framework. A Summary". Disponible en <https://storage.googleapis.com/planet4-international-stateless/2018/12/22cf06f9-framework-summary.pdf> [fecha de consulta: 13 de octubre de 2019].
- HERMAN, Kristine (2012): "Gender Mainstreaming in Aarhus Activities: A Guideline for Practitioners" (OSCE Secretariat). Disponible en: www.osce.org/gender/87675
- IUCN (2018): *Gender Equality and Women's Empowerment Policy: Mainstreaming gender-responsiveness within the IUCN programme of work* (IUCN Council C/95/8).
- OSCE (sin fecha): "The Aarhus Convention". Disponible en <https://aarhus.osce.org/about/aarhus-convention>

- PNUMA (2015): "Igualdad de Género y Medio Ambiente. Guía de Trabajo del PNUMA" (Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente). Disponible en http://apps.unep.org/redirect.php?file=/publications/pmtdocuments/-Gender_equality_and_the_environment__Policy_and_strategy-2015UNEP_GenderPolicy-Brief_Spanish.pdf.pdf
- RICO, María Nieves (1998): "Gender, the environment and the sustainability of development", en *Series Mujer y Desarrollo* (Economic Commission for Latin America and the Caribbean). Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5886/S9800083_en.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- SHIVA, Vandana (2010): *Staying Alive: Women, Ecology and Development*. South End Press.
- UN WOMEN (2012): "The future women want. A vision of sustainable development for all". Disponible en www.unwomen.org/-/media/headquarters/media/publications/en/thefuturewomenwant.pdf?la=es&vs=2250
- UN WOMEN (2018): "Why gender equality matters across all SDGs. An excerpt of Turning Promises Into Action: gender equality in the 2030 agenda for sustainable development" (UN Women). Disponible en www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-chapter-3-why-gender-equality-matters-across-all-sdgs-2018-en.pdf?la=en&vs=5447
- UN WOMEN (sin fecha): "Women and the environment". Disponible en <https://beijing20.unwomen.org/en/in-focus/environment>
- UNFCCC (sin fecha): "Introduction to Gender and Climate Change". Disponible en <https://unfccc.int/es/topics/gender/the-big-picture/introduction-to-gender-and-climate-change>
- WARREN, Karen J. (2000): *Ecofeminist Philosophy*. Rowman & Littlefield Publishers.
- WWF (2011) 2: "Global Network Policy: Gender Policy Statement". Disponible en https://d2ouvy59p0dg6k.cloudfront.net/downloads/wwfgenderpolicy_final_26may11.pdf [fecha de consulta: 13 de octubre de 2019].
- WWF (2011)1. *The case for gender integration*. Disponible en http://assets.wwf.org.uk/downloads/case_for_gender_integration_at_wwf_oct2011.pdf [fecha de consulta: 13 de octubre de 2019].

Normas

- Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).
- CBD (2014): Plan de acción sobre género 2015-2020.
- CMCC (2015): Acuerdo de París.
- CMCC (2017): Plan de acción sobre el género.
- Consejo Económico y Social de la ONU (Ecosoc) (2019): Resolución 2019/2: Incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y los programas del sistema de las Naciones Unidas.

- Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación (1994).
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992).
Convención sobre el Acceso a la Información; la Participación del Público en la toma de decisiones y el Acceso a la Justicia en asuntos ambientales (1999).
Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992).
ONU (1987): Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
ONU (1972): Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano.
ONU (1992): Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
ONU (1995): Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.
ONU (2002): Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible.
ONU (2012): Declaración de Río+20, El Futuro Que Queremos.
ONU (2015): Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Sitios Web

- Aarhus Centres <https://aarhus.osce.org/>
CBD www.cbd.int/
CEPAL www.cepal.org/es
CLD www.unccd.int/
Greenpeace www.greenpeace.org/international/
IUCN www.iucn.org/
NRDC www.nrdc.org/
Objetivos de Desarrollo Sostenible, ONU www.un.org/sustainabledevelopment/es
ONU Mujeres www.unwomen.org/es
UN Women www.unwomen.org
Unfccc <https://unfccc.int/>
WWF <http://wwf.panda.org/>

PARTICIPACIÓN LABORAL FEMENINA Y SUS BRECHAS SALARIALES RESPECTO DE LOS HOMBRES: UNA MIRADA MÁS OPTIMISTA

FEMALE LABOR PARTICIPATION AND ITS WAGES GAPS REGARDING MEN: A MOST OPTIMISTIC OVERVIEW

*Rocío Cantuarias Rubio**

RESUMEN: La participación laboral femenina y sus brechas salariales son materias de preocupación que requieren análisis optimistas de distintas variables, ya que hombres y mujeres no desempeñan iguales papeles en la sociedad ni tienen los mismos costos de contratación en las empresas. Entendiendo que el aporte de las mujeres es pieza clave en el desarrollo de las empresas y del país, hay que evaluar el impacto de impulsar iniciativas que eventualmente tanto rigidicen la relación laboral como generen efectos contrapuestos a este espíritu. Se proponen algunas oportunidades de mejora sobre estas sensibles materias.

PALABRAS CLAVE: Participación laboral femenina - Brechas salariales por sexo - Costos asociados - Mujer y empresa - Oportunidades de mejora.

ABSTRACT: Female labor participation and wage gaps by sex are matters of concern that require optimistic analyzes of different variables, since men and women do not play equal roles in society or have the same hiring costs in companies. Understanding that the contribution of women is a key part in the development of companies and the country, we must assess the impact of promoting initiatives that eventually both toughen the employment relationship and generate unwanted effects on this spirit. Some improvement opportunities are proposed on these sensitive issues.

* Magíster en administración de empresas (MBA) y magíster en tributación, Universidad de Chile. Abogada, Universidad de Concepción. Profesora de Regulación Económica, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: r.cantuarias@udd.cl

KEYWORDS: Female labor participation - Wage gaps by sex - Related cost - women and business - Improvement opportunities

I. INTRODUCCIÓN

Resulta clave abordar los temas de participación laboral femenina y brechas salariales por sexo en los países que enfrentan problemas de envejecimiento de la población o una disminución de la fuerza laboral, como es el caso de Chile¹. Son igualmente críticos para las empresas que enfrentarán escasez de talento para cumplir con sus objetivos. Por otra parte, en el ámbito microeconómico, se ha probado que la diversidad de género en la gestión de distintas organizaciones se correlaciona con una mayor efectividad organizacional y mejores resultados financieros. Importante es, entonces, que los mecanismos para abordar estos temas sean definidos e incorporados al análisis en función de los efectos que traen aparejados.

Cabe prevenir que en estas materias se actúa, muchas veces, impulsados por algunos instintos que pudieran llevar a errar en ciertos conceptos y, por tanto, distorsionar la perspectiva y la forma cómo se percibe el progreso (creyendo que la mayoría de las cosas van siempre empeorando) para entonces, proponer alternativas que no lograrán dar solución a estos “problemas”. Así, existe un instinto al que se ha denominado “el instinto de negatividad”² que se traduce en la tendencia generalizada a percibir lo malo más que lo bueno de los acontecimientos que se viven. El panorama general muestra el efectivo progreso de los países alrededor del mundo como, por ejemplo, el porcentaje de humanos que viven en la pobreza extrema cayó del 85% en 1800 al 9% en la actualidad. O los datos sobre esperanza de vida promedio que muestran mejoras significativas como su aumento de 31 años en 1800 a 72 en la actualidad³. Han habido también ingentes mejoras en otras áreas tales como:

- i el aumento del número de países que reconoce el derecho a voto de las mujeres⁴;
- ii la cantidad de niñas en la escuela;
- iii el aumento de la participación laboral femenina y
- iv una disminución de las brechas salariales entre hombres y mujeres.

Sin embargo, la tendencia es a creer que se está peor que antes.

¹ MOORE (2019).

² ROSLING (2018).

³ *Ibid.*

⁴ La conquista de derechos políticos de las mujeres ha sido notable a través del tiempo, a pesar de que todavía existen países donde el sufragio femenino está limitado.

También se enfrenta el “instinto de culpa”, que Hans Rosling define como “la tendencia humana a encontrar una razón clara y simple de por qué algo malo ha sucedido”. Pareciera ser muy natural suponer que cuando las cosas van mal, debe ser por culpa de algún individuo (o grupo de individuos) con malas intenciones. Al ser humano le gusta creer que las cosas suceden porque alguien lo quiere, que las personas tienen poder y agencia; de lo contrario, el mundo se sentiría impredecible y confuso. La clave para controlar este instinto, es reconocer cuando se está usando un chivo expiatorio y recordar que culpar a algunos individuos, a menudo, aleja el foco de otras posibles explicaciones y bloquea la capacidad para prevenir problemas similares en el futuro.

Recordamos aquí al psicólogo social Jonathan Haidt, que en una entrevista indica

“ciertamente las mujeres tienen razones para enojarse y es justificada una reacción en la que expresen rabia. Respecto a las diferentes formas de feminismo, en nuestro libro *The Coddling of the American Mind*, analizamos dos formas de identity politics. Hay una que enfatiza la humanidad común que tienen todos los grupos y que busca, sobre esa base, hacer ver la situación de grupos vulnerables a los que se les ha negado la humanidad. Esa es necesaria y buena. Hay otra que organiza a las personas en función del odio y que opera bien para lograr cohesión tribal, pero es mala para una sociedad multiétnica y democrática⁵. Y eso es lo que se ha visto en los últimos años (en los campus universitarios): la unificación de todos los grupos en torno al odio al hombre blanco heterosexual, que es visto como el opresor universal. Lo anterior activa las peores tendencias humanas usando como criterio unificador el odio en lugar del amor”⁶.

Deirdre McCloskey sobre este punto, propone

“recuperar la palabra feminismo, ya que originalmente designaba la defensa de la prosperidad de las mujeres, pero que se ha corrompido desde la década de 1970 en algunas mentes hasta convertirse en un término más para referirse al odio contra los hombres”⁷. Si se pretende crear comunidades acogedoras e inclusivas, debiera hacerse todo lo posible para rechazar el tribalismo y aumentar el sentido de humanidad común⁸.

⁵ Según este autor, quienes practican política de identidad en común, humanizan a sus oponentes y apelan a la humanidad en ellos (mientras a la vez aplican presión política de otras maneras). Por otro lado, quienes practican la política de identidad del enemigo común ponen en práctica el pensamiento dicotómico “nosotros versus ellos”.

⁶ HAIDT (2018), pp. 32-43.

⁷ MCCLOSKEY (2015).

⁸ LUKIANOFF & HAIDT (2019), pp. 54-77.

El feminismo y sus distintas formas no son materias de este texto, pero algunas de ellas sirven para evidenciar cómo, muchas veces, se actúa impulsados por los instintos de la negatividad y culpabilidad que pueden influir en las soluciones que se proponen o implementan.

Al contrario, se prefiere abordar en estas líneas la situación de las mujeres en el mercado laboral, especialmente su participación y salarios, desde un prisma no solo optimista, sino que buscando beneficios recíprocos entre empresas y colaboradores y exaltando un cambio cultural positivo que no siempre ha sido o debiera ser empujado por normas jurídicas.

II. ALGUNOS DATOS Y CONTEXTO SOBRE LA SITUACIÓN DE LA MUJER EN EL MUNDO DEL TRABAJO

1.1. Participación laboral de las mujeres en Chile (y en cargos de poder empresarial)

Ya en el siglo XIX el autor Jean Gustave Courcelle-Seneuil (1868), respecto a la exclusión de las mujeres del mercado laboral, indicaba:

“quienes han querido restringir su oficio a los extraños han proscrito, sobre todo, a las mujeres. En su apoyo de tal exclusión se ha invocado, con una hipocresía demasiado ordinaria en defensa de los intereses colectivos, motivos de orden público, de filantropía y de moralidad. El sitio de la mujer, se ha dicho, no está en el taller, sino en el hogar, cerca de su marido y de sus hijos. El marido adquiere, la mujer conserva: esa es la regla. Si la mujer sale y va a trabajar fuera, la familia desaparece: todo está perdido. ¡Que maravilla! ¿Pero qué será de la mujer huérfana?, ¿qué será de la viuda, aislada o cargada de niños?, ¿qué será de la mujer abandonada?, ¿qué será de aquella cuyo marido sea un enfermo, borracho o derrochador?, ¿cómo podrán todas estas mujeres adaptarse a un regla simple, que se formula con tanta ligereza, y limitar su función a conservar lo que no ha sido adquirido?, ¿cómo se puede pretender prohibir ganarse la vida por medio de un trabajo honrado?, ¿se quiere, bajo pretexto de depurar las costumbres, que una mujer pobre no pueda ni por un instante dejar de ser alguna clase de apéndice de un hombre, sin encontrarse inmediatamente expuesta a morir de hambre?, y no solo eso: ¿se es capaz de sostener que pretensión semejante se hace en nombre de la independencia y de la dignidad de la mujer!, ¡verdaderamente, es abusar demasiado de las palabras! Continúa este autor destacando que las costumbres dejen mucho que desear, eso es algo que nadie discute, pero no será por medio de la sujeción, o mejor dicho, la servidumbre,

de la mujer, como se llegará a depurarlas; pues, si se mira con atención, se ve que la sujeción de la mujer es una de las principales causas de la corrupción. Si se quiere depurar las costumbres se debe querer, por el contrario, que la mujer adquiera más independencia y libertad”⁹.

Es en los últimos 150 años que las leyes que estipulan formalmente una posición subordinada de las mujeres en las sociedades occidentales se han ido eliminando de los ordenamientos jurídicos. Durante gran parte de la historia, las mujeres tenían acceso limitado a la educación y no podían votar ni ser elegidas en cargos de elección popular¹⁰. Esto ha cambiado.

De acuerdo con la Encuesta de Caracterización Socioeconómica (CASEN) 1990-2017 del Ministerio de Desarrollo Social, las tasas de participación laboral promedio de las mujeres por año en Chile son las siguientes:

- i) 32,5% en 1990;
- ii) 39,8% en 2000;
- iii) 43,5% en 2011;
- iv) 45,6% en 2013 y
- v) 48,9% en el 2017.

En las décadas anteriores, específicamente en el periodo intercensal observable que corresponde a los años 1970-1982 también se observa un porcentaje de recuperación¹¹.

Asimismo, el Banco Central de Chile (BCCCh) estima que, en los últimos años, la fuerza de trabajo se ha visto moldeada por un aumento en la participación de mujeres y una reducción en la de los jóvenes, en línea con la mayor cobertura de educación superior para las nuevas generaciones y la transición demográfica¹². Es decir, la tasa de participación laboral femenina ha aumentado desde hace años consistentemente¹³.

⁹ COURCELLE-SENEUIL (2018).

¹⁰ DUPRÉ (2011).

¹¹ PARDO (1988).

¹² BCCCh (2018). Además, este mismo informe muestra que la participación del grupo de menores de veinticinco años de edad ha caído, en especial para los hombres. Para las mujeres, la participación de todos los grupos etarios restantes ha aumentado sostenidamente en las últimas décadas.

¹³ En cuanto a la tasa de ocupación por sexo también se muestra un aumento de la tasa de ocupación femenina, ya que en el año 1990 alcanzaba un 29,4% y en 2017 un 44,6%. Y respecto a la distribución de la población ocupada según tamaño de empresa por sexo en 2017 no hay diferencias significativas en las grandes empresas entre hombres y mujeres, alcanzando un 23,5% y un 23,4% respectivamente. Asimismo, en la desagregación por quintil, un 68% de mujeres participa laboralmente (quintil de mayores ingresos) y respecto al porcentaje de “inactivas por razones de cuidado del hogar”, en el año 2017 es de un 38%, cifra que ha ido cayendo, ya que en el año 2011 esta tasa alcanzaba un 43%.

Encuesta CASEN del Ministerio de Desarrollo Social de Chile (2017).

Sin embargo, conforme al Instituto Nacional de Estadísticas (INE), la tasa de participación femenina nacional durante el trimestre móvil junio-agosto 2019 alcanzó casi un 49,3%, a diferencia de los hombres, cuya tasa de participación llegó a 69,3%, lo que implicó una brecha de -20 puntos porcentuales en desmedro de ellas¹⁴.

Respecto a la participación de las mujeres en cargos de poder, hay razones para establecer que la diversidad de género en la alta dirección de las empresas se asocia a un mejor desempeño. Es decir, existe una fuerte correlación entre la presencia de mujeres en la alta dirección de las empresas y mejores resultados financieros. La evidencia empírica internacional lo corrobora, aunque los resultados varían según cómo se mida el éxito de la empresa y el tipo de posiciones de liderazgo que se consideran. Así, por ejemplo, en un estudio en que se analizaron empresas en todo el mundo, se encontró una diferencia en el rendimiento del capital del 47%¹⁵ entre las empresas con más mujeres en sus comités ejecutivos y aquellas con ninguna, y una diferencia del 55% en los resultados operacionales¹⁶. Hay otros estudios que llegan a similares conclusiones¹⁷. Se establece una correlación positiva entre diversidad de género y rentabilidad empresarial, lo que sitúa la presencia de mujeres en la alta dirección como un elemento más de competitividad empresarial.

En Chile la tasa de participación de mujeres en puestos de responsabilidad empresarial es baja en términos absolutos y relativos¹⁸. En el año 2011, la participación femenina en cargos de directoras en empresas transadas en bolsa y empresas del Estado de Chile alcanzó un magro e insuficiente 20%¹⁹. Al tratar de identificar y analizar los mecanismos que producen esta situación, se ha concluido que las causas más importantes son las barreras culturales e institucionales. Aquí cabe preguntarse si las trabajadoras de las distintas empresas que cuentan con gobiernos corporativos que podrían acceder a cargos de poder, están dispuestas a asumir un modelo de trabajo que representa, en muchos casos, falta de flexibilidad laboral, mayores responsabilidades e incompatibilidad familiar.

En el año 2018 la representación de las mujeres en los directorios de empresas del Estado pertenecientes al Sistema de Empresas Públicas (SEP)

¹⁴ INE (2019a).

¹⁵ Retorno del capital.

¹⁶ MCKINSEY & COMPANY (2019).

¹⁷ ADLER (2001).

¹⁸ En el ámbito mundial, en 2017, 17,3% de los puestos en directorios son ocupados por mujeres (en mercados de países desarrollados es un 20,4% y en países emergentes, un 10%), en Chile 8,2%, según datos de ComunidadMujer.

¹⁹ TOKMAN (2011).

alcanzaba un 42,9%, y en los de las empresas que componen el Índice Selectivo de Precios de Acciones de la Bolsa de Santiago (IPSA) un 6,2%. La participación promedio en cargos de ejecutivas principales alcanzaría un 16,9% en el SEP y un 9,2% en empresas IPSA. Estas cifras muestran un incremento respecto del 2016²⁰.

La participación laboral femenina interesa, ya que tiene efectos en los niveles de ingresos de las familias y en la pobreza de los hogares monoparentales liderados por mujeres. Además, porque al no incorporar mujeres en los altos cargos empresariales, se desaprovecha importante talento que se requiere para que las empresas permanezcan siendo competitivas en el mundo global.

1.2 Brechas salariales entre hombres y mujeres

A pesar de que la incorporación de la mujer al mercado laboral fue muy posterior a la del hombre, vemos un crecimiento sostenido en indicadores de participación laboral femenina y una disminución de diferencias salariales por sexo.

Desde una perspectiva normativa, se consagra el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, que se incorporó por primera vez en el Tratado Internacional de Versalles, pero que ha sido reconocido reiteradamente en pactos y convenios internacionales²¹. En Chile, la ley N° 20.348 del año 2009, reconoció la igualdad de remuneración por un mismo trabajo modificando el *Código del Trabajo (CdT)* en términos de consagrar el derecho de no discriminación salarial basada en género²². Esto implica que se prohíbe la discriminación basada en el sexo, mediante el pago de salarios a una tasa inferior a la que el empleador paga salarios a los trabajadores del sexo opuesto para un trabajo igual, cuyo desempeño requiere de la misma habilidad, esfuerzo y responsabilidad y que se realizan bajo condiciones de trabajo similares²³. Lo anterior significa que, en Chile, no ha faltado normati-

²⁰ COMUNIDADMUJER y VIRTUS PARTNERS (2019).

²¹ Muchos de ellos ratificados por Chile, entre los que destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); Convenio número 100 de la OIT (1951), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979).

²² No obstante, el principio de equidad salarial estuvo presente en Chile desde las primeras leyes laborales, que datan de la década 1920. En el artículo 35 del *CdT* del año 1931 se establece que “en la misma clase de trabajo, el salario del hombre y de la mujer serán iguales”.

²³ Hay empresas en Chile que aplican sus sistemas salariales desde antes de la promulgación de esta ley, obedeciendo a lineamientos corporativos, exhibiendo importantes avances voluntarios en igualdad de remuneraciones. Véase DÍAZ (2015).

va legal de equidad. Como respecto de otras materias, si no se ha subsanado todavía el problema, evidentemente, está en otra parte.

La brecha salarial de género es una característica persistente del mercado laboral de prácticamente todos los países, pero ha ido disminuyendo, lo que ha sido reconocido por diversas instituciones²⁴. Hay un sinnúmero de reportes y estudios sobre brechas de género, algunos más serios que otros, que a menudo afirman que a las mujeres se les paga alrededor del 80% de lo que a los hombres se les paga, en términos globales.

La Encuesta Suplementaria de Ingresos del INE (2018) muestra en el ingreso medio una brecha de género que se ubicó en -27,2% en desmedro de las mujeres, la menor desde el año 2010 (-32,8%). Durante 2018, la brecha de género en el ingreso medio mensual de personas asalariadas fue de -16,9% en desmedro de las mujeres²⁵. Pasos en la dirección correcta, si bien insuficientes.

La magnitud de las diferencias en estos promedios de remuneración no reflejaría la discriminación de las mujeres en el mercado laboral, entendida como diferencia retributiva por el mismo tipo de trabajo. Estas diferencias esconden un conjunto de fenómenos que hacen que la discriminación salarial sea mucho más reducida desde el punto de vista cuantitativo y, al mismo tiempo, más difusa y profunda. Así, una de las objeciones a este indicador sobre brechas salariales por mes, es que los ingresos deberían ser comparados sobre la base de iguales tiempos trabajados (entre hombres y mujeres).

Entonces, si tomamos la remuneración media por hora ordinaria, se disminuye la distancia (en las remuneraciones) entre sexos. Así, se ha informado una evolución de la brecha de género²⁶ de la remuneración ordinaria media por hora ordinaria base anual 2016 de un -10,8% en junio 2019 con una tendencia a disminuir si la comparamos con periodos anteriores. Esta misma fue de -11,3% en los meses de mayo, abril y marzo, -11,8% en febrero y -11,9% en enero²⁷. Se concluye, entonces, que la brecha así calculada (comparando “manzanas con manzanas”) también ha ido disminuyendo desde hace algún tiempo.

²⁴ Como la OIT que reconoce una disminución en esta brecha de ingresos en América Latina de 7% entre 1990 y 2000. Véase ABRAMO (OIT, 2006).

²⁵ ENCUESTA SUPLEMENTARIA DE INGRESOS (2018).

²⁶ Brecha de género en el ingreso es definida por el INE como la diferencia porcentual que existe en el ingreso medio, mediano o por hora, de las mujeres con respecto al de los hombres. Hora ordinaria significa la jornada ordinaria pagada por la empresa a los trabajadores en el mes, por prestar sus servicios en conformidad al contrato. Conforme a lo que ha dicho la Organización Internacional del Trabajo, la discriminación de género en la remuneración tiene lugar cuando el criterio de diferenciación del salario no es la naturaleza del trabajo realizado, sino el sexo de la persona que lo ejecuta (OIT, 2003).

²⁷ INE (2019b).

Ahora, en cuanto a las diferencias en la duración de la jornada por sexo, desde una lógica económica no habría razones para suponer que existe discriminación por sexo en el mercado laboral respecto de la posibilidad de acceder a jornadas estándares, más extensas o más breves, y tanto mujeres como hombres deberían distribuirse por igual entre todas las posibilidades, resultando una jornada promedio similar. Sin embargo, la evidencia indica que las mujeres sistemáticamente trabajan menos horas semanales en promedio que los hombres²⁸. Así, el número de horas promedio trabajadas por hombres y mujeres según grupo ocupacional, y por rama de actividad, según el INE, es diferente. La jornada laboral de los hombres, en promedio, excedió en seis horas semanales la jornada de las mujeres en 2019²⁹.

Entonces, los resultados de las brechas que habitualmente se dan a conocer, están comparando la cantidad total de salario pagado a hombres y mujeres en un país o lugar determinado. No se tienen en cuenta factores relevantes de diferencia remuneracional como la función, capacidad, experiencia, idoneidad, profesión, calificaciones, tipo de empleador, antigüedad y muchas otras variables que intervienen en la decisión de la compensación (tampoco las horas trabajadas, como se ha dicho). Técnicamente, entonces, las variables que producen diferencias importantes en los ingresos promedio por sexo son la jornada de trabajo, la calificación y la segmentación ocupacional³⁰.

Cuando se tienen en cuenta estos factores, la brecha salarial de género disminuye³¹. Según la economista Claudia Goldin, la diferencia de ingresos no se genera porque a hombres y mujeres se les pague distinto por el mismo trabajo, sino por incentivos dentro del mercado (que los impulsa a trabajar de manera diferente) que no tienen relación con diferencias de género. Dentro de las mismas profesiones, las mujeres eligen tener jornadas más flexi-

²⁸ Las diferencias de jornadas se pueden explicar, en alguna medida, porque a las mujeres se les ofrecen trabajos en jornadas menores y, también, porque ellas optan por trabajar remuneradamente menos tiempo (valoran más el tiempo no trabajado o para cumplir con labores domésticas).

²⁹ Hasta agosto, conforme a los *Boletines Estadísticos de Empleo Trimestral* INE.

³⁰ Variables determinadas por la Base de Datos del Panorama Laboral 2001 (OIT, 2001).

³¹ En los resultados que arroja el reporte *The State of Gender Pay Gap 2019* se muestra que las mujeres ganan \$0,79 por cada dólar que ganan los hombres en 2019, pero la brecha salarial controlada, es decir, la cantidad que gana una mujer por cada dólar que gana un hombre comparable, fue una pequeña fracción de eso. Al incluir otras variables (misma profesión o igual cantidad de horas trabajadas, entre otras), las mujeres ganan \$0,98 por cada dólar que gana un hombre. Disponible en www.payscale.com/data/gender-pay-gap [fecha de consulta: 21 de agosto de 2019].

bles³², lo que genera menores ingresos generales y también por hora trabajada, debido a un fenómeno que la economista llama la “no linealidad de los salarios”, el cual impone una penalidad al trabajo *part time*³³. La ampliación de la brecha se divide entre la mayor capacidad o preferencia de los hombres para trasladarse a empresas y puestos mejor pagados y su mayor facilidad para avanzar dentro de las compañías (algo más del 40% del aumento de la brecha de género) y la menor capacidad femenina para aumentar los ingresos dentro de la empresa, dada la elección de las propias mujeres de trabajar en industrias, empresas y ocupaciones menos exigentes y, por lo tanto, de menor remuneración³⁴. Es tan así que una organización feminista estadounidense³⁵ concluyó que, al incorporar las preferencias individuales durante la carrera profesional, la brecha salarial cae a un 6,6%³⁶.

Adicionalmente, la dedicación exclusiva de los hombres al trabajo remunerado disminuyó de manera muy importante. Los datos de la Encuesta CASEN muestran que la tasa de inactividad entre las mujeres adolescentes descendió a la quinta parte –de 17,5% en 1990 a 3,6% en 2015–, mientras que entre sus pares hombres se redujo a poco más de la mitad –de 7,4% a 3,2%–. Con esto, las diferencias de género perdieron relevancia estadística en 2015. Y las generaciones más jóvenes de mujeres se ven expuestas a un menor “castigo” en sus remuneraciones en relación con los hombres, puesto que, en cada rango de edad, estas generaciones más jóvenes tienen brechas salariales más bajas que las generaciones anteriores³⁷.

Entonces, la discriminación salarial entre mujeres y hombres sería la parte de la diferencia que no queda justificada por una distinta aportación de valor en el desempeño de un trabajo y que solo puede ser explicada en función del sexo de la persona que lo realiza³⁸. Hay economistas que han recurrido tradicionalmente a factores específicos de género, como la escasez de mujeres en el capital humano o la discriminación de los empleadores contra las mujeres para explicar el tamaño de la brecha salarial de género y su evolución en el tiempo. Sin embargo, hay otros³⁹ que han reconocido que

³² En España, por ejemplo, más del 80% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. VILLAR (2010).

³³ También se penalizan las horas más cortas, la flexibilidad laboral y el tiempo libre. BOLOTNIKOVA (2016).

³⁴ Se insinúa como explicación de esta preferencia las responsabilidades familiares. GOLDIN, PEKKALA, OLIVETTI & BARTH (2017).

³⁵ American Association of University Women.

³⁶ En Estados Unidos se toma como base una brecha salarial de un poco más del 20%.

³⁷ Informe GET (2018).

³⁸ Lo que se conoce como discriminación salarial directa.

³⁹ Por ejemplo, Francine Blau y Lawrence Kahn.

la estructura salarial general, o los precios que el mercado laboral atribuye a las habilidades y las rentas de los sectores favorecidos, pueden tener un gran impacto en los salarios relativos de diferentes subgrupos en el mercado laboral. Por ejemplo, dado que las mujeres tienen, en promedio, menos experiencia en el mercado laboral que los hombres y tienden a trabajar en diferentes ocupaciones e industrias, un aumento en el retorno a la experiencia o en las diferencias sectoriales aumentará la brecha salarial de género, a pesar de que todo el resto permanezca igual⁴⁰. Por otra parte, según Humphries (1995), es evidente que cuanto mayor es el número de variables consideradas como factores explicativos de las disparidades de remuneración, tanto menor es la proporción de la brecha atribuida a discriminación sexual en el mercado del trabajo⁴¹. La brecha salarial es mucho menor ahora que hace algunos años y la disminución se debe, en gran medida, al aumento del capital humano productivo de las mujeres en relación con los hombres. La educación en todos los niveles aumentó más proporcionalmente para las mujeres en relación con los hombres⁴². Y la evidencia muestra que ha habido una evolución positiva en la búsqueda de oportunidades laborales similares para hombres y mujeres⁴³. Así, la idea que la brecha salarial es causada única y exclusivamente por una discriminación patriarcal es tan discutible como insostenible.

Incluso, hay quienes, basándose en evidencia empírica, señalan que la brecha salarial de género está determinada en su totalidad por factores “legítimos”, es decir, cosas que hacen diferente el trabajo de hombres y mujeres. Ellas tienen trabajos que calificarían como más agradables y que son objetivamente menos riesgosos. Y, además de hacer más trabajo a tiempo parcial, las mujeres abandonan el mercado laboral durante años cruciales.

Es decir, la brecha se podría reducir en alguna medida, según las elecciones de las mujeres⁴⁴, lo que no es necesariamente algo “malo”, ya que el cuidado de los niños pudiera contribuir al bienestar y la felicidad de las madres (también de los hijos) y de la sociedad, en su conjunto⁴⁵. Otros señalan que las diferencias en los mecanismos de fijación de salarios, como las leyes de ingre-

⁴⁰ *Ceteris paribus*.

⁴¹ En ABRAMO (OIT, 2006), p. 82.

⁴² GOLDIN (2014).

⁴³ Véase reporte a la fecha del texto de la Superintendencia de Pensiones que muestra que la brecha salarial de género llega a menor nivel en seis años por mayor educación de las mujeres. COLOMA (2019), cita 44 del texto, cita prensa.

⁴⁴ Dadas las distintas preferencias, en general las carreras más lucrativas son ocupadas mayoritariamente por hombres (y las menos, por mujeres). Esta variación de preferencias afecta los ingresos. Inciden en las menores remuneraciones de las mujeres los empleos a los que accedan y la valoración de los mismos.

⁴⁵ SOUTHWOOD (2014).

los mínimos y el alcance de los salarios negociados colectivamente, explican, en gran medida, la variación en la brecha salarial de género entre países⁴⁶.

La determinación de la existencia de prácticas discriminatorias es una tarea compleja, conforme a la OIT, especialmente cuando se trata de sus formas más sutiles, las que tienden a prevalecer en contextos en los que la igualdad de derechos y oportunidades está claramente consagrada en el marco normativo e institucional de un país. La principal dificultad estriba en determinar hasta qué punto las desigualdades en los niveles y las formas de inserción laboral de hombres y mujeres deben atribuirse a la discriminación dentro y fuera del mercado del trabajo (familia, comunidad y escuela) y hasta qué punto reflejan decisiones voluntarias o diferencias en el talento y el esfuerzo de las personas⁴⁷.

Con respecto a la aplicación de la ley N° 20.348, antes mencionada, de acuerdo con datos de la Dirección del Trabajo (DT), entre los años 2010 y 2018, se registraron un total de ciento veinte denuncias por vulneración de derecho de igualdad de remuneraciones por sexo. Explicando la poca aplicación práctica de esta ley, alguna doctrina estima que se debe a que existirían trabas como, por ejemplo, que para sufrir una situación de discriminación salarial arbitraria se debe primero conocer el salario del otro para hacer la denuncia, lo que no es frecuente. Algunos expertos indican que no hay una herramienta eficaz que permita resolver los problemas mencionados (tampoco esta ley), sino que cabe preguntarse si se quiere sanción o solución. Por último, hay otros que aseguran que el tema es que siguen existiendo leyes que encarecen la contratación de mujeres, porque carga sobre las mujeres toda la responsabilidad de la maternidad⁴⁸.

III. LEYES RELATIVAS A PARTICIPACIÓN LABORAL FEMENINA Y BRECHAS SALARIALES. DISCRIMINACIÓN POSITIVA. COSTOS ASOCIADOS

Las políticas específicas de género incluyen la igualdad de oportunidad de empleo y leyes contra la discriminación, así como leyes y políticas que establecen licencias parentales y regulan la disponibilidad del cuidado infantil. El efecto positivo esperado de las políticas de oportunidad de empleo en la relación de ingresos de género es razonablemente directo para muchos, aunque el impacto tal vez dependerá de la efectividad de la aplicación de la legislación, así como de sus disposiciones.

⁴⁶ BLAU & KAHN (2001).

⁴⁷ ABRAMO (OIT 2006), p. 92.

⁴⁸ LEÓN (2018).

En cuanto a las normas dictadas en los últimos años en Chile, que abordan directa o indirectamente la participación laboral femenina y remuneraciones se pueden mencionar, entre otras, la ley N° 20.379 (2009) que crea el Subsistema de Protección Integral a la Infancia que permitió garantizarles a los niños de las familias que integran el 60% de la población socioeconómicamente más vulnerable, el acceso a sala cuna y jardín infantil en jornada parcial, la ya mencionada ley N° 20.348 (2009), la legislación que autoriza a las matronas del sector público a entregar anticonceptivos, incluyendo los de emergencia (2010), la ley N° 20.710, que estableció la gratuidad en el acceso al jardín infantil y la obligatoriedad del kínder (2013), las medidas que buscan resguardar los derechos de las mujeres que se desempeñan en el servicio doméstico (2014)⁴⁹ y la legislación sobre mayor inclusión de las mujeres a la vida política (2015).

También son políticas de apoyo para la inserción laboral, las leyes de protección a la maternidad e iniciativas que ayudan a la mujer en los procesos de emprendimiento y otras que capacitan para mejorar las posibilidades de contratación y promoción.

2.1 ¿Será necesaria la aprobación de leyes de discriminación positiva para fomentar la participación laboral femenina u obligar a la contratación de mujeres a las empresas?

Eliminar discriminaciones no es lo mismo que aprobar leyes de discriminación positiva. La discriminación positiva implica siempre dar un trato favorable a quienes están en desventaja, por ejemplo, aprobando leyes de cuotas o de otro tipo a favor de la mujer.

Un ejemplo es la ley N° 20.840 (2015), que reformó el Sistema Electoral y que discrimina positivamente imponiendo la obligación de cuotas de género para fomentar la participación femenina en cargos públicos de elección popular. Establece que ningún género podrá superar el 60% del total de los candidatos inscritos por los partidos en el ámbito nacional y se entregan incentivos monetarios para la inclusión de mujeres a través de una mayor devolución de gastos de campaña electoral. La obligación de cuota en las listas de los partidos, prevista para las elecciones generales de 2017, constituyó la primera vez que en Chile, la selección de un determinado sexo tuvo recompensas o castigos electorales.

⁴⁹ De acuerdo con el Informe GET 2018 las mujeres que se desempeñan en estas labores representan una proporción cada vez menor. En 1990 casi un 20% de las mujeres ocupadas se dedicaba a este tipo de actividades, en 2015 esa proporción disminuye a menos de la mitad (8,8%).

Esta ley no ha resuelto el problema que quiso remediar, ya que aun cuando se percibió un aumento en el número de escaños ocupados por mujeres en el Congreso⁵⁰, no ha habido, en muchos casos, voluntad política de los propios partidos para la incorporación efectiva de mujeres en puestos de poder⁵¹.

De esta forma, podemos reconocer que las cuotas de género han restringido los grados de libertad que tienen los partidos políticos a la hora de nominar a sus candidatos, pero aún mantienen altos niveles de discrecionalidad al momento de disponer de sus nominados que, en la práctica, reducen la participación efectiva que las candidatas pueden llegar a tener en las elecciones⁵².

Se podría avanzar acordando cuotas voluntarias que realmente fomenten y busquen la participación de las mejores candidatas⁵³ y trabajar para que se produzca un cambio cultural, donde los partidos se comprometan a tener a los mejores candidatos, sean hombres o mujeres⁵⁴.

En las empresas sucede algo similar, especialmente en relación con puestos de poder. Si los que deciden son los directores y los ejecutivos son hombres que solo confían en hombres como ellos, manteniendo modelos de gestión añejos y desconociendo el significativo aporte del talento femenino, lo más probable es que elegirán hombres para estos cargos, y lo que pasará en esa compañía es que mujeres valiosas preferirán optar por otras empresas en que haya oportunidades en razón de sus competencias⁵⁵.

⁵⁰ Hubo un incremento en la representatividad femenina en el periodo legislativo 2018-2022 de un 15,8% a un 23,3% en el Senado, y de 15,8% a un 22,6% en la Cámara Baja. Véase Herrera y Arellano (2019).

Sin embargo, este aumento resulta relativamente bajo en comparación con la experiencia de otros países que han implementado este tipo de políticas. Véase GALENO, GALLEGUO y GONZÁLEZ (2019).

⁵¹ Un reciente análisis mostró que las candidatas tuvieron 20% menos de probabilidad de encabezar la lista de candidatos de sus partidos, lo que es relevante, ya que existen efectos significativos en la votación producto del posicionamiento de los postulantes dentro de la papeleta electoral. Al mismo tiempo, las candidatas al Parlamento recibieron cerca de \$1MM menos de parte de sus partidos, lo que logra explicar un tercio de la brecha que existe entre hombres y mujeres. Los partidos, entonces, eligen libremente el orden en que pondrán a cada uno de sus candidatos, si este será hombre o mujer, dónde les harán competir y cuánto dinero les aportarán a su campaña, sujeto a la cuota de género que debe cumplir por ley. *Op. cit.*, p. 11.

⁵² *Op. cit.*, p. 17.

⁵³ A través de los reglamentos internos de los propios partidos.

⁵⁴ La elección de candidatos a parlamentarios debería hacerse sobre la base de elementos objetivos por parte de los partidos y no como una forma obligada de desaguiar a la mujer. Si en un partido político las personas mejor preparadas son mujeres, habrán más candidatas, si son hombres, se elegirá hombres. El criterio acerca de quien es más válido para una candidatura o cargo debiera ser neutral. O en función de variables como la educación, el trabajo en equipo, la formación académica, la capacidad para comunicar asertivamente, etcétera.

⁵⁵ BLANCO (2018).

Ahora, la experiencia europea con la implementación de políticas de cuotas en las empresas⁵⁶ es interesante de monitorear, para descartar que se produzcan perjuicios si la obligación de incorporar mujeres lleva a reclutar o posicionar algunas que no están preparadas para ello. También es conveniente estudiar la existencia de mujeres disponibles para absorber la mayor demanda que surge con la ley de cuotas y apoyar con políticas complementarias que faciliten la compatibilización de la jornada laboral.

Se estima preferible que las empresas actúen por convicción propia y establezcan objetivos ordenados y realistas para que el talento femenino llegue a la alta dirección por un camino natural de crecimiento. Una de las desventajas de las cuotas es que, si se promueve a la mujer, siempre existirá la sospecha de que no fue por méritos, sino por cumplir con la cuota⁵⁷. La vía de la autorregulación, a través de un código de normas que establezca cuotas o cantidad de mujeres en la alta dirección, o el modelo conocido como “comply or explain”, en que se fija una cuota de género recomendada, en que no existe sanción asociada a su incumplimiento, pero sí se exigen explicaciones por parte de la empresa, son algunas alternativas.

No parece apropiado que se pida al gobierno interferir en la propiedad privada imponiendo algún tipo de control sobre la contratación de mujeres o la aprobación de normas en este sentido.

Conseguir consensos en leyes de discriminación positiva no es algo sencillo de lograr, especialmente si son percibidas como un elemento que rigidiza al mercado laboral, por lo que es recomendable ir explorando otras avenidas⁵⁸.

2.2 ¿Es la ley la que, muchas veces, incrementa los costos de la contratación femenina? ¿Qué y cuáles son los principales costos?

Existen leyes que establecen distintos beneficios y obligaciones que traen como consecuencia que sea más costoso para las empresas contratar mujeres que hombres⁵⁹. Aunque la mujer no recibe el costo adicional en forma de pago, el empleador asume la carga de ese costo y, por lo tanto, es factible suponer que muchas empresas tendrán en cuenta este costo adicional al contratar.

⁵⁶ Leyes que exigen un porcentaje determinado de hombres y mujeres en los directorios. Su incumplimiento trae aparejado una sanción para las empresas. Este modelo se ha implementado en países como Francia y Noruega.

⁵⁷ McCLOSKEY (2019).

⁵⁸ TOKMAN (2011), p. 23.

⁵⁹ Es necesario prevenir que hay algunos estudios que cuestionan esta idea que considera más costoso contratar a una mujer que a un hombre. Se reconocen los costos, pero se consideran reducidos. Véase ABRAMO (2002) y ABRAMO (OIT, 2006), pp. 129-151.

Según una directora del Banco Mundial

“las mujeres tienen un rol que desempeñar en la creación de un mundo más próspero, pero no se tendrá éxito si las leyes las frenan. Muchas leyes y regulaciones continúan impidiendo que las mujeres ingresen a la fuerza laboral; la discriminación puede tener efectos duraderos en la inclusión económica de las mujeres y la participación en la fuerza laboral. Al hacer el caso económico, se alienta a los gobiernos a garantizar la participación plena y equitativa de las mujeres”⁶⁰.

Como los costos laborales se constituyen, principalmente, a partir de los mecanismos de protección del mercado del trabajo que impone la ley, resulta necesario conocer el alcance de la normativa laboral en el conjunto del mercado y destacar las diferencias existentes por género en la cobertura de ellos.

El costo laboral es lo que cuesta a la empresa emplear a una persona. Representa el costo de la fuerza de trabajo desde el punto de vista de la demanda. Y como tal, incluye todos los costos que implica el mantenimiento de una persona en su trabajo y no solo su remuneración. Hay distintos factores que inciden en estos costos laborales, los que se pueden clasificar en directos e indirectos⁶¹.

Los directos son aquellos que involucran pagos en dinero o especies valorables en dinero por parte del contratante, por ejemplo, el propio salario, que se paga a cambio de la prestación de los servicios, los pagos por seguridad social a cargo de los empleadores, los servicios de bienestar para los trabajadores y la inversión en capacitación (que financia el empleador).

Los indirectos se relacionan con costos de oportunidad o restricciones sobre la administración de la empresa con respecto a la condición natural del mercado. No son fácilmente cuantificables en términos monetarios y se relacionan con diferenciales de productividad, con rigideces al interior de la empresa y con “riesgos” difíciles de prever, que pueden afectar el trabajo de la compañía. Algunos de ellos:

1. LICENCIA POR MATERNIDAD: Si bien el pago de la licencia corresponde al Estado, esta afecta la productividad en la empresa, porque la persona reemplazante tendría menos experiencia y conocimiento del puesto de trabajo al que llega.
2. PERMISO PRE Y POSNATAL Y SUBSIDIO MATERNAL: Durante el transcurso del permiso, que se prolonga desde la sexta semana antes del parto hasta las doce semanas después del alumbramiento, la mujer no puede renunciar a su empleo y se prohíbe expresamente su trabajo

⁶⁰ Kristalina Georgieva, directora Banco Mundial. World Bank Group (2019).

⁶¹ TODARO (2002).

de acuerdo con el artículo 195 del *CdT*⁶². Este permiso se puede iniciar antes de las seis semanas y extenderse con posterioridad de acuerdo con las condiciones de salud de la madre y el hijo según el artículo 196 del mismo cuerpo legal⁶³.

Este permiso no implica costos directos para la empresa y constituye una ausencia relativamente planificada que, en general, no debería dar lugar a un costo significativo de reorganización del trabajo. En todo caso, sería necesario medir la incidencia de este permiso en la estructura organizacional para observar el impacto agregado que puede tener desde el punto de vista productivo. Las licencias adicionales sí pueden constituir un costo indirecto por su mayor incertidumbre⁶⁴.

3. PERMISO POSTNATAL PARENTAL: Permiso de doce semanas al que tiene derecho la trabajadora conforme al artículo 197 bis del *CdT*, a continuación del posnatal, con pago de subsidio que reemplaza su remuneración. Si ambos padres son trabajadores, el padre puede hacer uso de este permiso si la madre así lo decide, pero solo a contar de la séptima semana, es decir, las primeras seis semanas, de cualquier forma le corresponden a la madre⁶⁵.
4. MOVILIDAD FUNCIONAL DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA: La mujer no puede realizar tareas que sean consideradas como perjudiciales para la salud conforme al artículo 202 del *CdT* y en el caso que las tareas habituales sean perjudiciales⁶⁶ para una mujer en estado de gestación, ella debe ser trasladada a otras labores, manteniendo su remuneración. Aquí se impone un costo indirecto y circunstancial, ya que solo se apreciará en la medida que el traslado efectivamente se concrete y que, como consecuencia de ello, se genere una pérdida de productividad en la empresa⁶⁷.

⁶² También consagra un permiso parental por nacimiento de un hijo de cinco días pagados, pero que alcanza un 20% de "utilización" efectiva según el ministro del Trabajo. Existe una moción en el congreso que busca aumentarlo a un mes (a la fecha de este texto). *Boletín* 11.888.

⁶³ También en caso de parto de dos o más niños, cuando el parto se produjere antes de iniciada la trigésima tercera semana de gestación o si el niño pesare menos de 1 500 grs al nacer.

⁶⁴ Según el Sernam (hoy Sernameg). TODARO (2002).

⁶⁵ Este permiso se puede usar por media jornada, donde aumenta a dieciocho semanas, recibiendo la mitad del subsidio señalado y, a lo menos, el 50% de las remuneraciones pactadas en el contrato.

⁶⁶ La norma legal ha precisado algunos trabajos que se estiman perjudiciales y, en general, aquellos que la autoridad competente declare inconveniente para el estado de gravidez de la trabajadora.

⁶⁷ Por ejemplo, al requerir de una persona reemplazante, lo cual puede significar un costo de reorganización para el empleador.

5. ESTABILIDAD LABORAL OBLIGATORIA DE LA MADRE TRABAJADORA: Conforme al artículo 201 del *CdT*, goza de fuero laboral durante todo el periodo de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad. La mujer solo puede ser despedida mediante una autorización judicial obtenida en un juicio de desafuero. Este fuero maternal tiene por objetivo mantener el empleo de la mujer para que tenga asegurado el origen de sus ingresos y pueda alimentar y criar a su hijo durante el lapso de un año⁶⁸.

Si por ignorancia del estado de embarazo se hubiere dispuesto el término del contrato en contravención del artículo 174 del *CdT*, la medida quedará sin efecto, y la trabajadora volverá a su trabajo, para lo cual bastará la sola presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, sin perjuicio del derecho a remuneración por el tiempo en que hubiera permanecido indebidamente fuera del trabajo, si durante ese tiempo no tuviere derecho a subsidio⁶⁹.

En caso de que el padre haga uso del permiso posnatal parental del artículo 197 bis también gozará de fuero laboral, por un periodo equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo. Con todo, este fuero del padre no podrá exceder de tres meses.

Genera un costo indirecto debido a la rigidez que introduce en la gestión de la empresa. Además, podría inducir a las beneficiarias a realizar menores esfuerzo en el desempeño de sus tareas.

6. PERMISOS POR ENFERMEDAD DE HIJO MENOR: La trabajadora tiene derecho a permiso y subsidio, en caso de enfermedad grave de hijos menores de un año. Conforme al artículo 199 del *CdT* son la madre o el padre, si ambos son trabajadores, quienes tienen derecho al permiso y subsidio por todo el tiempo que el servicio de atención médica determine (a elección de la mujer), pero este permiso se sigue considerando como una licencia para las madres, ya que en la práctica, según estudios de la Superintendencia de Seguridad Social (Suseso), muy pocos padres hacen uso de este derecho⁷⁰.

⁶⁸ Existe una moción en el Parlamento para extender al padre el fuero maternal (a la fecha de este texto). *Boletín* 10.067.

⁶⁹ Si el desafuero se produjere mientras la mujer estuviese gozando de descanso maternal tiene derecho a continuar percibiendo el subsidio hasta la conclusión del periodo de descanso. El fuero no se aplica cuando se pierde el embarazo. Véase LANATA (2010).

⁷⁰ Por cada día de subsidio pagado por enfermedad grave del niño menor que es utilizado por el padre, las madres trabajadoras utilizan 760 días. Véase AGUAYO (2019). Véase también CID, OLMEDO, QUIROGA y SCHMIDT (2017). Y SUSESOS (2016).

En caso de accidente grave o enfermedad terminal en su fase final de un hijo menor de dieciocho años, el artículo 199 bis del *CdT* da derecho a la madre a solicitar un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalente a diez jornadas ordinarias de trabajo al año a cargo de la trabajadora, ya que deberá ser compensado con trabajo extraordinario, días de vacaciones o descuento salarial. Si ambos padres son trabajadores dependientes, cualquiera de ellos, a elección de la madre, puede gozar de este permiso. Este costo nuevamente se relaciona con el riesgo de inestabilidad en la planta de colaboradores, para lo cual sería necesario tener datos de la incidencia de estos permisos.

7. SALA CUNA: si la empresa tiene veinte o más trabajadoras, está obligada a mantener salas anexas o independientes del local de trabajo donde puedan dar alimentos a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras trabajan conforme al artículo 203 del *CdT*.

Conforme al artículo 205 del *CdT* el mantenimiento de las salas cunas será de costo exclusivo del empleador⁷¹. Este es un derecho con cargo a la empresa y representa un costo directo. En la actualidad, se encuentra en fase final de tramitación en el Senado un proyecto de ley que establece la sala cuna universal, ampliando el beneficio a todos los niños con independencia del número de beneficiarios por empresa así como también de su condición socioeconómica.

8. PERMISO PARA ALIMENTACIÓN DEL HIJO(A) MENOR⁷²: se establece un derecho a la madre para disponer de dos porciones de tiempo durante la jornada de trabajo, que en conjunto no excedan una hora al día para alimentar a los hijos, conforme al artículo 206 del *CdT*⁷³. Hay

⁷¹ Se ha difundido la práctica del pago del costo de la sala cuna (y la ley entiende que empleador cumple con su obligación) o de un bono a la trabajadora para tal fin.

⁷² Su antecedente es el “derecho de amamantamiento” reconocido ya en el primer convenio de la OIT sobre protección a la maternidad, orientado a que los niños pudieran recibir alimentación materna. Pero con el transcurso del tiempo, este derecho se extendió a todo tipo de alimentación, puesto que busca asegurar que los niños reciban el cuidado de su madre en un momento de significativo contacto personal y afectivo como el destinado a su nutrición. Por tal motivo, se entendió tradicionalmente como un derecho exclusivo de la mujer trabajadora.

Por otra parte, durante el proceso de revisión del Convenio 103 de la OIT, muchos representantes empresariales y gubernamentales proponían la no inclusión de este derecho en el nuevo Convenio, argumentando justamente que implicaría un costo adicional en la contratación de las mujeres y que podría significar, además de problemas para las empresas, mayores limitaciones a sus posibilidades de inserción laboral. El nuevo Convenio mantiene el derecho a la lactancia tal como estaba estipulado. Véase ABRAMO (2002), p. 7.

⁷³ Esta norma fue modificada el año 2007 para reforzar el carácter de autónomo del derecho a dar alimentos. Se permite que pueda ser ejercido preferentemente en la sala cuna

beneficios accesorios a este derecho en el inciso quinto de la misma norma relativos a la ampliación del lapso del permiso y pago del valor de los pasajes para el traslado. En caso que el padre y la madre sean trabajadores, ambos podrán acordar que sea el padre quien ejerza el derecho. Constituye un costo directo para la empresa, aunque también representa un costo derivado de las dificultades que afectarían a la producción por la ausencia de la trabajadora en el tiempo destinado a dar alimentos.

Algunos expertos estimaban que también debía darse el ejercicio de este derecho al padre trabajador, argumentando que su fin es asegurar el cuidado de los niños, por lo que podría ser ejercido por estos, por ejemplo, entre el primer y segundo año de vida del menor, dado que en esa época de su crecimiento normalmente ya no reciben alimentación materna que justifique que la titularidad del derecho le corresponda solo a la mujer⁷⁴. La norma fue modificada en este sentido por ley N° 20.761 el año 2014.

Algunos de estos costos resultan ser más altos para las mujeres, otros que solo existen para ellas, como el costo de sala cuna⁷⁵. El cuidado infantil es otra área importante de las políticas públicas que afecta particularmente a las mujeres.

El impacto esperado del permiso familiar (tomado desproporcionadamente por las mujeres, incluso cuando está disponible, en cierta medida, para los hombres) no está claro *a priori*. Por un lado, las leyes que los establecen pueden aumentar los ingresos relativos de las mujeres al alentar la preservación de sus lazos con empresas particulares y, por lo tanto, aumentar los incentivos de los empleadores y de las trabajadoras para invertir en capacitación, pero, por otro, la existencia de estas normas podría aumentar la incidencia y duración de los retiros temporales de la fuerza laboral femenina.

Por último, los costos incrementales asociados con las políticas de licencias obligatorias pueden aumentar los incentivos de los empleadores para discriminar a las mujeres. Si bien el efecto teórico del permiso parental sobre la brecha de género es ambiguo, algunas investigaciones sobre el impacto de este permiso han encontrado un efecto positivo de los derechos de

o en el lugar en que se encuentre el menor, a elección de la mujer. El tiempo dedicado a la lactancia es considerado parte de la jornada laboral, por lo tanto, remunerado.

⁷⁴ CAAMAÑO (2011).

⁷⁵ No se encontraron antecedentes que demuestren que los mayores costos no salariales de las mujeres justificarían menores remuneraciones para ellas, pero se exponen como variables que inciden en la contratación laboral femenina y que pudieran representar costos para las empresas.

permiso corto en los salarios relativos de las mujeres, aunque se ha encontrado que los permisos extendidos tienen el efecto contrario⁷⁶.

IV. OPORTUNIDADES DE MEJORAS

Para el actual ministro del Trabajo, es urgente adaptar y modernizar ciertas normas laborales para hacer más compatible el papel de madre y padre con el trabajo, permitir el trabajo desde casa y, finalmente, cambiar la obligación discriminatoria de salas cuna vigente y reemplazarla por un derecho universal que no discrimine a las mujeres. Todo esfuerzo que se haga para terminar con las discriminaciones y desigualdades salariales injustas contra la mujer son importantes, sin embargo, hoy la prioridad no debe ser seguir creando nuevas leyes que digan lo mismo, ya que *hay que partir por cumplir las que existen*.

Desde la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC), por otra parte, sostienen que el tema salarial y de inequidad no se resuelve por ley y menos por la modificación de la Carta Fundamental. Creen que hay que ir quitando los “lomos de toro” de nuestra legislación laboral que hoy perjudica a la mujer, porque le ponen desincentivos a su contratación⁷⁷. También se destaca que hay beneficios de incorporar a la mujer en todos los ámbitos de la empresa, y el impacto positivo en los resultados, con beneficios económicos importantes para la organización, ya que el PIB adicional que podría generarse en el mundo hacia el año 2025 si se acortara la brecha de género en el mundo, sería de veintiocho billones de dólares⁷⁸.

Para integrar hombres y mujeres al mercado laboral y aumentar su participación, es importante fomentar la conciliación trabajo y familia, para que ambos puedan desarrollarse tanto laboral como familiarmente, sin tener que optar por uno u otro rol, y finalmente conseguir el desarrollo de la sociedad sin poner en riesgo a la familia⁷⁹.

1.1. Políticas de transparencia y de conciliación trabajo-familia en las empresas

Hay empresas que apoyan la idea de compartir información salarial⁸⁰ de los colaboradores y expertos que proponen que la transparencia salarial es el

⁷⁶ BLAU & KAHN (2001), p. 7.

⁷⁷ TORO (2018).

⁷⁸ OLAVE. (2019).

⁷⁹ BOSCH y RIUMALLÓ (2017).

⁸⁰ Publicando los sueldos por cargo, las fórmulas para calcularlos o los niveles de pago.

mejor remedio contra los problemas de discriminación en el entorno laboral⁸¹. Incluso, hay estudios que demuestran que las mujeres suelen gravitar en torno a organizaciones en las que hay una política de transparencia salarial, porque habría un trato de mayor igualdad para puestos de trabajo de categorías similares⁸². También se afirma que muchos colaboradores se sienten mal pagados cuando en realidad tienen sueldos de mercado. Y que hay empleadores que se aprovechan de la falta de transparencia en los salarios, por lo que si se transparentaran, perderían gran parte de la información que les da ventaja al negociar individualmente con trabajadores (asimetría de información)⁸³.

Hay otras medidas de transparencia que en algunos ordenamientos están elevadas a leyes, que no permiten a los empleadores solicitar o requerir que un candidato divulgue sueldos anteriores o historiales salariales en los procesos de selección y reclutamiento para decisiones de contratación, con el objetivo de evitar que las empresas justifiquen una disparidad salarial en el salario anterior que puedan fomentar la discriminación basada en el género⁸⁴. Otras legislaciones, si bien prohíben consultar a los candidatos sobre historiales salariales, continúan permitiendo que los empleadores usen esta información si los candidatos la ofrecen voluntariamente⁸⁵. No obstante, algunos autores y juristas son escépticos de que este tipo de leyes alterará las prácticas de contratación de una manera que reduzca las diferencias de género en los ingresos⁸⁶, pero pudiera ser una medida a considerar en el ámbito corporativo⁸⁷.

En cuanto a las políticas de conciliación trabajo-familia, que son iniciativas implementadas por las empresas para ayudar a sus trabajadores a manejar de mejor manera la relación entre sus obligaciones en el trabajo y las actividades que les demanda la familia, se ha mostrado su impacto positivo tanto en un mayor equilibrio entre las responsabilidades laborales y fami-

⁸¹ Por ejemplo, un informe de 2011 del Institute for Women's Policy Research muestra que la diferencia salarial entre géneros en los trabajadores que hacen jornada completa en Estados Unidos es del 23% del sueldo medio anual. En el gobierno federal, que se rige por una política de transparencia de salarios abierta al público, la diferencia salarial por género es solo del 11%.

⁸² RAMACHANDRAN (2011).

⁸³ Burkus. (2017).

⁸⁴ Ley de Igualdad de Pagos del Estado de Oregon en Estados Unidos (2017).

⁸⁵ Como la del Estado de Delaware, también en Estados Unidos. *Harvard Law Review* (2018).

⁸⁶ Ya que la brecha tendría más que ver con factores, como la transparencia salarial antes comentada y la flexibilidad laboral, para los cuales la prohibición del historial salarial no sería una solución.

⁸⁷ En Chile, se incorporó como práctica la divulgación salarial o difusión de estructuras salariales e incentivos a través de la NCG 385 para sociedades anónimas abiertas, pero conforme a un estudio elaborado por Deloitte de 2017, en que se evaluó el cumplimiento de las prácticas contenidas en esta norma, la divulgación salarial alcanzó solo un 3% de cumplimiento por las empresas consultadas. LEIVA (2019).

liares y bienestar de quienes deben compatibilizarlas como en el mejor desempeño (consecuencias económicas netas positivas) de las empresas que las implementan. Además, constituyen un estímulo para que otras organizaciones las apliquen, porque dan respuesta a una necesidad real por una mejor calidad de vida de las personas y por un más alto nivel de productividad en las empresas⁸⁸. Otros beneficios que se pueden mencionar son los siguientes:

- i) mejora del clima laboral;
- ii) incremento en el atractivo de la empresa como empleadora y
- iii) mejoras en imagen pública⁸⁹.

Es necesario que las empresas adopten buenas prácticas en el ejercicio cotidiano de sus actividades, pero también que algunas de estas prácticas habituales queden establecidas en forma de procesos que aseguren su permanencia en el tiempo. Hay innumerables ejemplos de prácticas y beneficios para la conciliación familia-trabajo-vida personal, pero podemos mencionar: horarios flexibles de entrada y salida, acceso a días libres para asuntos personales, teletrabajo, trabajo a tiempo parcial, jornada laboral reducida, días de permiso (adicional al legal) por matrimonio o acuerdo de unión civil, salir temprano los viernes, días libre interferiado, beneficios para colaboradoras embarazadas como asesoría nutricional o flexibilidad horaria previa al descanso prenatal, beneficios para el cuidado y educación inicial de los hijos, bonos por excelencia académica o seguro catastrófico de salud, biblioteca abierta a las familias o lugares de vacaciones y programas de prevención de violencia intrafamiliar⁹⁰.

En un contexto de creciente compromiso con la igualdad de oportunidades, los empleadores hacen un gran aporte y obtienen beneficios, especialmente si adoptan un enfoque proactivo. La adopción voluntaria de estas medidas se ha expandido, ya que el logro de la igualdad de oportunidades en el campo laboral requiere que se comparta el trabajo doméstico y no solo el laboral y que se revalorice la importancia de ambas esferas para el bienestar de la sociedad⁹¹.

⁸⁸ Desde una dimensión negativa, por ejemplo, en España hay estudios que muestran que el 80% de las personas entre veintinueve y cuarenta y siete años (que tienen responsabilidad sobre hijos y personas mayores dependientes) tiene intención de dejar la empresa en entornos que dificultan sistemáticamente la conciliación. IESE (2012).

⁸⁹ ESCUELA DE ADMINISTRACIÓN DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE (2003).

⁹⁰ Véase FUNDACIÓN CHILE UNIDO (2018). También se pueden revisar los resultados del estudio "Mejores Empresas para Madres y Padres que Trabajan", que mide distintas prácticas que contribuyen a la armonización e integración de la vida laboral-familiar-personal de los trabajadores, que muestran objetivamente beneficios en el ámbito individual y organizacional que se obtienen.

⁹¹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2009).

1.2. Aprobar proyectos de reforma laboral que reducen costos en la contratación de mujeres, como el que contempla el derecho a sala cuna universal.

Y otros que conduzcan a igualarlas oportunidades entre hombres y mujeres

Ludwig von Mises a propósito del intervencionismo estatal indicó:

“casi todos los estudios se centran exclusivamente en determinados conjuntos de medidas y en sus efectos a corto plazo. Este método de análisis es inadecuado, ya que sólo muestra las consecuencias inmediatas de intervenciones puntuales, sin considerar los efectos indirectos ni tampoco las consecuencias a largo plazo. Sólo tiene en cuenta los supuestos beneficios, e ignora los costes y los quebrantes”. “El verdadero cometido del análisis económico es verificar si las políticas que propugnan los diferentes partidos y grupos de presión conducen realmente a los resultados que sus defensores desean”⁹².

Actualmente la sala cuna obligatoria representa mayor costo para las empresas al contratar mujeres⁹³, por lo que el proyecto de ley⁹⁴ cambia esta realidad, al incorporar la denominada “sala cuna universal”, es un *real avance* en la materia. La modificación normativa representaría la incorporación de entre doscientas mil y trescientas mil trabajadoras a la fuerza laboral de aprobarse⁹⁵. Y conforme al Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, la reforma terminará con el mayor costo de contratación de mujeres, pues la sala cuna será financiada mediante un fondo solidario, a través de un aumento de 0,1% de la cotización de cada trabajador, hombres y mujeres, de cualquier edad. De acuerdo con las discusiones de la Comisión del Trabajo del Senado, este proyecto busca terminar con la discriminación del artículo 203 del *CdT*, ya que incorpora a todo trabajador cotizante.

El mensaje presidencial del proyecto califica a la norma vigente como “una de las barreras de nuestra legislación que impiden la mayor participación femenina en el mercado laboral”. Y plantea como sus objetivos:

- i) fomentar la participación laboral femenina,
- ii) promover el principio de corresponsabilidad,
- iii) superar la discriminación por número de trabajadores de la empresa,
- iv) disminuir las brechas salariales entre hombres y mujeres,

⁹² VON MISES (2011).

⁹³ El derecho a sala cuna es asociado solo a las mujeres trabajadoras y no al hijo(a) o indistintamente al padre y madre. Y se excluye de este derecho a quienes trabajan en pequeñas y microempresas.

⁹⁴ Proyecto que crea el beneficio social de educación en el nivel de sala cuna, financiado por un fondo solidario.

⁹⁵ PLA (2019).

v) garantizar que todo hijo de madre trabajadora hasta dos años tenga derecho a sala cuna y

vi) incorporar elementos de solidaridad en el trabajo⁹⁶.

Discutir proyectos de ley que busquen igualar las oportunidades de hombres y mujeres. Por ejemplo, reformar el permiso posnatal en el sentido de reducir su extensión y que sea irrenunciable para padres y madres. Permitiría corresponsabilidad familiar, fomentaría la participación laboral femenina y atendería al bienestar del recién nacido.

1.3. Evaluación y métricas en las empresas

Las empresas pueden tomar varias iniciativas para garantizar que las mujeres estén representadas en cada nivel de la organización. Una de ellas es la fijación de objetivos específicos y hacerlos públicos.

En junio de 2015 se dictó la Norma de Carácter General (NCG) 385, que establece normas para la difusión de información respecto de las prácticas de gobierno corporativo adoptados por las sociedades anónimas abiertas. La Superintendencia de Valores y Seguros (hoy CMF) compele a estas sociedades a reportar, entre otras materias, el funcionamiento del directorio en materia de diversidad. También se dictó la NCG 386⁹⁷ que las obliga a informar sobre la composición de hombres y mujeres en la organización y brecha salarial. Así, se exige al directorio de las sociedades que se reúna con la unidad de Desarrollo Sostenible o equivalente, para analizar:

- i) la efectividad de las políticas aprobadas por el directorio para difundir al interior de la organización, sus accionistas y al público en general los beneficios de la diversidad e inclusión para la sociedad;
- ii) las barreras organizacionales, sociales o culturales detectadas que pudieran estar inhibiendo la natural diversidad que se habría dado de no existir esas barreras y
- iii) la utilidad y aceptación que han tenido los reportes de sostenibilidad difundidos a los grupos de interés relevantes de la sociedad.

Se entenderá que la sociedad adopta una práctica determinada, cuando ella cuenta con las políticas aprobadas, y los procedimientos, mecanismos y sistemas completamente implementados y en funcionamiento, para todos los elementos descritos en la respectiva práctica. En caso contrario, debe

⁹⁶ Boletín 12.026-2013.

⁹⁷ Esta NCG contempla la incorporación en la memoria anual de la sociedad de información relativa a responsabilidad social y desarrollo sostenible en aspectos como brecha salarial y diversidad en el directorio, en la gerencia general y demás gerencias y en la organización (género, nacionalidad, edad, etcétera).

entenderse que no adopta la práctica, sin perjuicio que si es intención de la sociedad adoptarla pero todavía está en vías de hacerlo, ello podrá constar en la explicación correspondiente⁹⁸.

Lo que hace la CMF a través de estas NCG es justamente solicitar a las empresas reportar indicadores de género (composición de fuerza de trabajo, gobiernos corporativos, diferencias de salario, entre otros). Y para reportarlos, hay que calcularlos y controlarlos.

En otros países, agencias gubernamentales⁹⁹ que obligan a algunas empresas del sector privado¹⁰⁰ a reportar indicadores de género, usan esa información como base para trabajar de forma colaborativa con empresas, generando estrategias y visibilizando buenas prácticas, para contribuir a mejorar su desempeño. Así, no solo se miden indicadores, sino que se identifican barreras, definen estrategias y se genera *accountability* con respecto a estas métricas y sus políticas asociadas. Constituye un desafío que más directorios se hagan las preguntas correctas en torno a estos temas, para lograr ser empresas más competitivas y responder a las demandas de hoy.

1.4. Eliminar barreras culturales y mentales. Mayor valoración de la adaptabilidad al cambio

Existen barreras culturales. Por ejemplo, a pesar de que la legislación contempla permisos para los hombres para el cuidado de los hijos enfermos, muy pocas veces ellos hacen uso del derecho¹⁰¹. Las diferencias más significativas para analizar los costos laborales por sexo tienen relación con los derechos de la maternidad-paternidad y con el uso que hagan hombres y mujeres de los derechos que la ley otorga como padres. Conforme a lo antes señalado, existen algunos costos que se derivan de derechos legales que también involucran a los padres, aunque sigan siendo usados casi exclusivamente por las madres.

Se ha avanzado en términos culturales. La ley N° 20.764 de 2014, que modificó en el *CdT* el título del Libro II, Título II, que se llamaba “De la protección a la maternidad”, pasando a ser “De la protección a la maternidad,

⁹⁸ NCG 385 y 386.

⁹⁹ Como, por ejemplo, en Australia a partir de Gender Equality Act 2012.

¹⁰⁰ Empresas que cuenten con cierta cantidad de trabajadores.

¹⁰¹ Como se ha dicho, no se evidencia una proporción relevante de hombres trabajadores que ejerzan de manera activa el papel de corresponsabilidad con sus hijos. En cuanto al posnatal parental, entre los años 2011 y 2016 solo 1 157 de los permisos fueron utilizados por el padre trabajador, lo cual representa un 0,24% del total de subsidios iniciados durante dicho período. CID, OLMEDO, QUIROGA y SCHMIDT (2017), p. 3.

paternidad y la vida familiar”¹⁰², representa un signo de que ya no se considera que las obligaciones y derechos de la crianza de los hijos, deba recaer exclusivamente en las madres.

Sin embargo, se *avanza lentamente*¹⁰³. La Suseso ha indicado que el cambio cultural no es fácil ni rápido y todavía se constata que la legislación vigente supone, en múltiples casos, que es la madre quien debe ejercer el papel de cuidar de sus hijos, aunque ambos padres trabajen, estableciendo como una situación excepcional el que el padre asuma dicho cuidado. No basta con que la legislación vigente contemple la participación del padre en el cuidado de sus hijos, ya que la evidencia muestra que, aunque tengan posibilidades de corresponsabilidad, la mayoría de los hombres no las toma¹⁰⁴.

Se debiera avanzar hacia una cultura que valore la eficiencia por sobre la presencia, que no castigue la parentalidad y donde el uso de permisos, como el posnatal parental, no sea percibido como un riesgo a la carrera laboral de la persona trabajadora. Si no se avanza en una real transformación cultural (y no solo carácter legislativa), los efectos en impulsar el empleo femenino serán acotados¹⁰⁵.

Un ejemplo que muestra lo importante que es la cultura, es el de las mujeres que ocupan cargos en la alta dirección corporativa. En Chile, son principalmente colaboradoras de empresas multinacionales¹⁰⁶, debido a políticas voluntarias que impulsan valores corporativos tendientes a elegir a los mejores talentos.

Kuschel y Salvaj (2018) destacan e integran los factores más importantes que afectan la persistencia y el avance de las mujeres en puestos de alta dirección. Los factores reales que explicarían el éxito (o la falta del mismo) de las mujeres en su camino hacia la alta gerencia están asociados con aspectos intrínsecos a la cultura. La cultura puede cambiar para aprovechar el valor proporcionado por el talento femenino¹⁰⁷.

Por otra parte, la brecha salarial se reduciría de forma considerable si las empresas no tuvieran un incentivo para recompensar desproporcionada-

¹⁰² Haciendo propio el espíritu del Convenio 156 de la OIT, sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

¹⁰³ Debido a que la cultura es una cuestión de hábito ético, según Fukuyama, cambia muy lentamente, pero sí es capaz de hacerlo y puede ser influenciada por actos políticos. Las reglas éticas más desarrolladas por las cuales las personas viven, se nutren de la repetición, la tradición y el ejemplo. F. Fukuyama (1996) *Languages of God and Evil*. En FUKUYAMA (1996).

¹⁰⁴ No obstante, se podría legislar la irrenunciabilidad del permiso posnatal (reducido en extensión al vigente) para ambos padres, según lo indicado en el punto 4.2.

¹⁰⁵ CAMPINO (2019).

¹⁰⁶ También colaboradoras de empresas familiares en que el talento se “muestra” y “despliega” en estos cargos.

¹⁰⁷ KUSCHEL & SALVAJ (2018).

mente a las personas que trabajan largas horas¹⁰⁸. Este cambio ha despegado en sectores como la tecnología y la salud, pero es menos evidente en el mundo corporativo, financiero¹⁰⁹ y legal.

También existen barreras mentales como prejuicios o ideas propias, incertidumbre y desconfianza respecto, por ejemplo, al uso de los beneficios en las políticas de conciliación. La adaptabilidad al cambio es una buena manera de eliminarlas y de prepararse para el futuro del mercado laboral y los nuevos trabajos.

1.5. Nuevos trabajos

La consolidación de una economía de mercado exige que se abra la posibilidad que todo el potencial creativo de la sociedad se desarrolle y se exprese de modo que la distribución del trabajo se efectúe de acuerdo con los talentos existentes (hombres y mujeres). Para que ello sea posible, señala Santa Cruz:

“las aptitudes naturales de todos deben gozar de la posibilidad de desarrollarse en plenitud por medio de condiciones culturales adecuadas; entre ellas, la más relevante es un sistema educacional que entregue oportunidades a todos, al margen de su condición económica de origen. En el mundo moderno la creación de riqueza depende de la creatividad individual y, por tanto, conviene que cada persona ocupe el lugar adecuado a su talento. En un mundo globalizado donde las unidades productivas tienden a ser multinacionales y los recursos de todo orden son asignados por el mercado, éste tiende, por definición, a premiar la capacidad y el mérito para crear valor agregado y riqueza; y eso no lo hace el origen social (ni el sexo), porque la competencia que le es consustancial exige, por razones de eficiencia, utilizar el talento de los mejores, que no se encuentra necesariamente en un grupo social determinado, sino por el contrario, está ampliamente disperso”¹¹⁰.

¹⁰⁸ Por ejemplo, si las empresas no tuvieran un incentivo para pagar a un colaborador que trabaja ochenta horas a la semana más del doble de lo que gana uno que trabaja cuarenta. Lineal sería el caso en que alguien que trabaja el doble de horas, gana el doble de sueldo. Se debiera cambiar la estructura de trabajo para aumentar la “linealidad” con respecto a las ganancias, lo que no se va a legislar, pero requiere cambios en las políticas empresariales sobre flexibilidad y reestructurar los puestos de trabajo para que se ofrezca una mayor linealidad de pago con respecto a las horas (y menores multas por flexibilidad laboral).

¹⁰⁹ Bank of America respondió a las quejas de los clientes por los tiempos de espera a sus ejecutivos instaurando un sistema de equipos de ejecutivos en lugar de ejecutivos individuales. Esto permite que los trabajadores tengan horarios más flexibles.

¹¹⁰ SANTA CRUZ (2017).

La preocupación hoy en el mercado laboral –hombres y mujeres– debiese ser la comprensión de la automatización de los servicios, la inteligencia artificial y la robotización que ocupa puestos laborales. En pocos años más la fuerza de trabajo será distinta¹¹¹ y es difícil prever el impacto del sexo en las brechas salariales entre hombres y mujeres, si es que lo habrá.

La incorporación de formas flexibles de trabajo a tiempo parcial¹¹² como *job-sharing*, el trabajo a llamada, el contrato de relevo, entre otros, aparecen como alternativas a las demandas de la nueva fuerza laboral y como una forma de atender a la digitalización que está trayendo una gran disrupción en los métodos empresariales más tradicionales.

Las fuerzas que configuran los nuevos trabajos podrían sistematizarse así:

- i) cambio tecnológico acelerado;
- ii) creciente demanda de habilidades;
- iii) cambio en las expectativas de los colaboradores;
- iv) cambio en la demografía laboral;
- v) modelos de trabajo en transición y
- vi) un entorno empresarial envolvente¹¹³.

Un segmento creciente de la fuerza laboral que se ha denominado *Gig Economy*¹¹⁴ está renunciando a la estabilidad de la vida organizacional para lograr libertad y propiedad del trabajo independiente. Se trata de una transformación digital del mercado laboral.

¹¹¹ Se ha constatado que hay pocas mujeres que se dediquen a los campos relacionados con la ciencia. Esto puede explicar las preferencias en la participación laboral femenina en el mundo corporativo. En 2012, solo el 14% de las mujeres jóvenes que ingresaron a la universidad en los países OECD eligieron campos de estudios relacionados con la ciencia. Y el problema es que de acuerdo con muchos pronósticos, el crecimiento del empleo estará en estos campos. Si esta tendencia continúa, las mujeres se perderán oportunidades de trabajo extraordinarias y la brecha global de género se ampliará. Los niños son más propensos que las niñas a elegir carreras en los campos STEM (por su sigla en inglés, ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas), a pesar de que el rendimiento general de niñas y niños es similar: los estudiantes pueden elegir su campo de estudio en función de sus puntos fuertes comparativos, en lugar de sus puntos fuertes absolutos. Las niñas pueden ser tan buenas como los niños en ciencias, pero, en promedio, es probable que sean aún mejores en lectura. Curiosamente, la brecha de género a favor de los niños con relativa fortaleza en ciencias es mayor en países con mayor igualdad de género y la proporción de mujeres que se gradúan con un título universitario STEM es menor. OECD (2019).

¹¹² Véase CAAMAÑO (2015).

¹¹³ FULLER, RAMAN, WALLESTEIN & CHALENDAR (2019).

¹¹⁴ Colaboradores *freelancers* y *part time* principalmente.

V. CONCLUSIONES

- 1) Existen datos que permiten señalar que la participación laboral femenina y las brechas salariales por sexo no son materias que debamos colocar siempre en perspectivas dramáticas (instinto de negatividad) ni atribuir a una sola variable, causa o grupo (instinto del culpable). Por cierto, esto no significa que no hayan preocupaciones reales que hay que atender en relación a estas materias o que no existan oportunidades de mejora.
- 2) Algunas leyes son necesarias, como la de reforma al artículo 203 del *CdT*. También lo es pensar en proyectos que iguallen oportunidades, sin que se rigidice el mercado laboral o se aumenten los costos en la contratación femenina.
- 3) El Estado y las empresas están generando condiciones que fomentan la conciliación del trabajo, maternidad y familia. Se trata de procesos que implican cambios culturales. Algunas veces estos procesos se inician con cambios legales y otras, con la voluntad de las empresas. La adecuada compatibilización entre vida laboral-familiar y el reforzamiento de la igualdad de oportunidades en el empleo entre trabajadoras y trabajadores es una materia aún no resuelta a cabalidad y cuya solución no supone necesariamente la implementación de medidas de orden legislativo¹¹⁵.
- 4) El mercado laboral chileno es muy dinámico, hay una alta tasa de rotación y una baja duración promedio del empleo¹¹⁶. Lo será aún más, en el futuro inmediato. Las generaciones nativas digitales buscan nuevas formas trabajos, que les permitan complementar sus ingresos y compatibilizar las tareas profesionales con su vida personal. La diversidad en todos los niveles de la organización ayuda a agilizar el cambio cultural que impulsan las empresas para no quedarse atrás en la atracción y permanencia de los mejores talentos¹¹⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO, M. (2018): *Afrodita desenmascarada, una defensa del feminismo liberal*, Santiago, Fundación para el Progreso.
- BURKUS, D. (2017): *Bajo una nueva gestión*. Barcelona, Ediciones Urano.

¹¹⁵ CAAMAÑO (2007).

¹¹⁶ BCCCH (2018), p. 26.

¹¹⁷ YARUR (2018).

- CAAMAÑO, E. (2011): *Mujer, trabajo y derecho*, Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing.
- CAAMAÑO, E. (2015): *El trabajo a tiempo parcial*, Santiago, Legal Publishing.
- COURCELLE-SENEUIL, J.G. (2018): *Libertad y socialismo, discusión de los principios de organización del trabajo industrial*, Santiago, Fundación para el Progreso.
- DUPRÉ, B. (2011): *Politics*. London, Quercus.
- FUKUYAMA, F. (1996): *Trust, the social virtues and the creation of prosperity*, New York, Free Press Paperbacks.
- FUNDACIÓN CHILE UNIDO (2018): *Guía de buenas prácticas. Conciliación Familia, Trabajo y Vida Personal*, Santiago, Fundación Chile Unido.
- Haidt, J. (2018): “Bienvenida la diversidad (menos la intelectual)”, en revista *Átomo*, número 1, octubre: pp: 32-43.
- LANATA, G. (2010): *Contrato individual de trabajo*, Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing.
- LUKIANOFF G.& J. HAIDT (2019): “The Untruth of us versus them: life is a battle between good people and evil people”, in G LUKIANOFF & y J. HAIDT (2019): *The Coddling of the American Mind: how good intentions and bad ideas are setting up a generation for failure*, New York, Penguin Books.
- MCCLOSKEY, D. (2015): *Las virtudes burguesas, ética para la era del comercio*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.
- MCCLOSKEY, D. (2019): “La brecha salarial es mucho menor de lo que se dice”, en revista *Átomo*, número 2, otoño.
- PARDO, L. (1988): “Una revisión histórica a la participación de la población en la fuerza de trabajo. Tendencias y características de la participación de la mujer”, en *Estudios de Economía del Departamento de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Chile*, vol. 15, número 1.
- ROSLING, H. (2018): *Factfulness*, New York, Flatiron Books.
- SANTA CRUZ, L. (2017): *La igualdad liberal*, Santiago, Ediciones LyD.
- VON MISES, L. (2011): *Crítica del Intervencionismo (el mito de la tercera vía)*, Madrid, Unión Editorial.

Otros documentos

- ABRAMO, L. (2002): “Costos laborales de hombres y mujeres en países de América Latina: mitos y realidad”. Disponible en http://white.lim.ilo.org/gpe/documentos/doc_costos_comut_abramo_18mar03.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].
- ABRAMO, L. (OIT, 2006): “Trabajo decente y equidad de género en América Latina”. Disponible en www.institutouejn.nqnwebs.com/documentos/genero/Trabajo%20decente%20y%20equidad%20de%20género%20en%20America%20Latina.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].

- ADLER, R. (2001): "Women in the Executive Suite Correlate to High Profits", in *Harvard Business Review*, vol. 79. Disponible en www.researchgate.net/publication/267822127_Women_in_the_Executive_Suite_Correlate_to_High_Profits [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2019].
- AGUAYO, I. (2019): "Fuero Laboral Maternal y empleabilidad, estadísticas para Chile". Disponible en www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27262/1/BCN_IA_042019_Fuero_y_empleabilidad.pdf
- BCCH (2018): "Mercado laboral: Hechos estilizados e implicancias macroeconómicas". Disponible en www.bcentral.cl/documents/20143/920074/mercado_laboral-dic2018.pdf/06ace1a6-919a-428a-7f14-52e49ffb460f [fecha de consulta: 14 de septiembre de 2019].
- BLAU, F. & L. KAHN (2001): "Understanding International Differences in the Gender Pay Gap, National Bureau of Economic Research, working paper 8200". Disponible en www.nber.org/papers/w8200 [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2019].
- BOLOTNIKOVA, M. (2016): "Reassessing the gender wage gap", in *Harvard Magazine* (May-June). Disponible en <https://harvardmagazine.com/2016/05/reassessing-the-gender-wage-gap> [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].
- BOSCH, M. y M. RIUMALLÓ (2017): "Ley de Cuotas", en *Cuaderno ESE*, Universidad de los Andes y Centro de Trabajo y Familia. Disponible en www.esec.cl/esec/site/artic/20180514/asocfile/20180514105144/ley_de_cuotas.pdf [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2019].
- CAAMAÑO, E. (2007): "Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXIX, segundo semestre 2007, pp. 171-202. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n29/a05.pdf> [fecha de consulta: 27 de septiembre de 2019].
- CAMPINO, V. (2019): "Postnatal masculino, en *El Mercurio*, (21 de junio de 2019). Disponible en <https://digital.elmercurio.com/2019/06/21/A/P83KAB3G#zoom=page-width> [fecha de consulta: 23 de septiembre de 2019].
- CID, J., P. OLMEDO, E. QUIROGA y R. SCHMIDT (2017): "Evolución y desafíos del padre trabajador en la corresponsabilidad parental", en *Documento de Trabajo*, N° 11. Suseso. Disponible en www.suseso.cl/607/articles-459123_archivo_01.pdf [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2019].
- COLOMA, M. (2019): *El Mercurio*, Santiago, 28 de septiembre de 2019.
- COMUNIDADMUJER y VIRTUS PARTNERS (2019): "Ranking Mujeres en la Alta Dirección 2018". Disponible en www.comunidadmujer.cl/estudios/ranking-mujeres-alta-direccion/ [fecha de consulta: 4 de octubre de 2019].
- DÍAZ, Estrella (2015): "La desigualdad salarial entre hombres y mujeres: alcances y limitaciones de la ley 20.348 para avanzar en justicia de género", en *Cuaderno de investigación*, 55, Dirección del Trabajo. Disponible en www.dt.gob.cl/portal/1629/articulos-105461_recurso_1.pdf [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2019].

- ENCUESTA CASEN DEL MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL DE CHILE (2017): Síntesis de resultados. Disponible en http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/Resultados_trabajo_Casen_2017.pdf [fecha de consulta: 16 de septiembre de 2019].
- ENCUESTA SUPLEMENTARIA DE INGRESOS (2018): INE. Síntesis de Resultados. Disponible en www.ine.cl/docs/default-source/ingresos-y-gastos/esi/ingreso-de-hogares-y-personas/resultados/2018/esi-sintesis-2018-nacional.pdf [fecha de consulta: 24 de septiembre de 2019].
- ESCUELA DE ADMINISTRACIÓN DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE (2003): “Análisis de los costos y beneficios de implementar medidas de conciliación vida laboral y familiar en la empresa”, en *Documento de trabajo*, N° 74, Servicio Nacional de la Mujer. Disponible en https://estudios.sernam.cl/documentos/?eODYxNjMw-Análisis_de_los_costos_y_beneficios_de_implementar_medidas_de_conciliación_de_la_vida_laboral_y_familiar_de_las_empresas [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2019].
- FULLER, J., M. RAMAN J. WALLESTEIN & A. CHALENDAR (2019): “Your Workforce is more adaptable than you think”, in *Harvard Business Review*, Special Issue, 76-89. Fall.
- GALENO, J., F. GALLEGO y F. GONZÁLEZ (2019): “Candidatas o espectadoras? Un análisis del impacto de la ley de cuotas”, en *Estudios Públicos* 154, otoño, 7-41. Disponible en www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190726/20190726152710/rev154_jgaleno_fgalleo_fgonzalez.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].
- GOLDIN, C. (2014): “A Grand Gender Convergence: Its last chapter”, in *American Economic Review*. Disponible en www.researchgate.net/publication/263764565_A_Grand_Gender_Convergence_Its_Last_Chapter [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2019].
- GOLDIN, C., S. PEKKALA, C. OLIVETTI & E. BARTH (2017): “The Expanding Gender Earnings Gap: Evidence from the LEHD-2000 Census” in *American Economic Review: Papers and Proceedings*. Disponible en https://scholar.harvard.edu/files/goldin/files/gkob_longerversion.pdf [fecha de consulta: 14 de agosto de 2019].
- Harvard Law Review* (2018): Oregon Equal Pay Act of 2017, vol. 131 N° 5. Disponible en <https://harvardlawreview.org/2018/03/oregon-equal-pay-act-of-2017/> [fecha de consulta: 27 de septiembre de 2019].
- HERRERA, M. y R. ARELLANO (2019): “Ley de Cuotas en Chile: Resultado y consecuencias de la Ley de Cuotas en las elecciones parlamentarias de 2017”. Análisis, documento número 32 enero 2019, Centro de Políticas Públicas Universidad del Desarrollo.
- IESE (2012): “Efectos de la conciliación en el compromiso, la satisfacción y el salario emocional”. Disponible en <https://media.iese.edu/research/pdfs/ESTUDIO-174.pdf> [fecha de consulta: 27 de septiembre de 2019].
- INE (2019a): *Boletín Estadístico: Empleo Trimestral*. Edición 251. Disponible en www.ine.cl/docs/default-source/boletines/empleo/2019/espanol/bolet%C3%ADn-

- empleo-nacional-trimestre-móvil-junio-agosto-2019.pdf?sfvrsn=e2c95fd2_5 [fecha de consulta: 5 de octubre de 2019].
- INE (2019b): *Boletines Estadísticos: Índices de Remuneraciones y Costo de la Mano de Obra*. Ediciones números 249 (7 de agosto de 2019), 248 (5 de julio de 2019), 247 (6. de junio de 2019), 246 (7 de mayo de 2019), 245 (5 de abril de 2019) y 244 (7 de marzo de 2019).
- INFORME GET (GÉNERO, EDUCACIÓN Y TRABAJO) (2018): “Avances, contrastes y retos de tres generaciones, elaborado por ComunidadMujer”. Disponible en www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2018/10/INFORME-GET-2018_Tres-Generaciones.pdf [fecha de consulta: 14 de septiembre de 2019].
- KUSCHEL, K. & E. SALVAJ (2018): “Opening the ‘Black Box’. Factors affecting Women’s Journey to Top Management Positions: A Framework applied to Chile”, in *Administrative Sciences* (2076-3387), 8(4), 63. Disponible en <http://search.ebscohost.com.recursosbiblioteca.unab.cl/login.aspx?direct=true&db=edb&AN=134075392&lang=es&site=eds-live> [fecha de consulta: 3 de octubre de 2019].
- LEIVA, M. (2019): “Estudio Deloitte: empresas no han madurado en gobiernos corporativos”, en *La Tercera*, 15 de febrero de 2019). Disponible en www.latercera.com/pulso/noticia/estudio-deloitte-empresas-no-madurado-gobiernos-corporativos/529525/ [fecha de consulta: 29 de septiembre de 2019].
- LEÓN, C. (2018): “¿Mujeres reclaman por igualdad salarial? Denuncias ante la DT no lo reflejan”, en *Diario Financiero* (10 de septiembre de 2018). Disponible en www.df.cl/noticias/economia-y-politica/laboral-personas/mujeres-reclaman-por-igualdad-salarial-denuncias-ante-la-dt-no-lo/2018-09-10/133426.html [fecha de consulta: 26 de agosto de 2019].
- McKINSEY & COMPANY (2019): “Women matter, Time to accelerate: ten years of insights into gender diversity (october 2017). Women matter 2007-2017”. Disponible en www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Featured%20Insights/Women%20matter/Women%20Matter%20Ten%20years%20of%20insights%20on%20the%20importance%20of%20gender%20diversity/Women-Matter-Time-to-accelerate-Ten-years-of-insights-into-gender-diversity.ashx [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2019].
- MOORE, K. (2019, septiembre): Seminario Transición demográfica en Chile: Oportunidades y desafíos para el desarrollo sostenible. Biblioteca del Congreso Nacional y CEPAL, Santiago. Disponible en www.youtube.com/watch?v=QutKJG7oa2g [fecha de consulta: 4 de octubre de 2019].
- OECD (2019): “Why don’t more girls choose STEM carrers? Disponible en <https://www.oecd.org/gender/data/why-dont-more-girls-choose-stem-careers.htm> [fecha de consulta: 29 de septiembre de 2019].
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2009): “Trabajo y Familia: hacia nuevas formas de conciliación

- con corresponsabilidad social”. Disponible en https://estudios.sernam.cl/documentos/?eMTc5NzExNA==Trabajo_y_Familia:_Hacia_nuevas_formas_de_conciliación_y_corresponsabilidad_social [fecha de consulta: 27 de septiembre de 2019].
- OLAVE, A. (2019): Mujer y trabajo: ¿Cómo disminuir la brecha salarial?. Universidad Católica (8 de agosto de 2019). Disponible en <https://web.sofofa.cl/noticias/sofofa-promueve-la-reduccion-de-brechas-salariales-y-de-participacion-por-genero-en-encuentro-realizado-en-la-uc/> [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2019].
- PLA, I. (2019): “Mitos y fantasmas. Foro Diversidad, Santiago Icare.
- RAMACHANDRAN, G. (2011): “Pay Transparency”, in *Penn State Law Review*, vol. 116, N° 4, p. 1043. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1925604 [fecha de consulta: 26 de septiembre de 2019].
- SOUTHWOOD, B. (2014): There is no such thing as a gender pay gap. Adam Smith Institute (07.11.2014). Disponible en www.adamsmith.org/blog/economics/there-is-no-such-thing-as-a-gender-pay-gap [fecha de consulta: 27 de agosto de 2019].
- SUSESO (2016): “Protección a la maternidad en Chile: evolución del permiso postnatal parental a cinco años de su implementación 2011-2016”. Disponible en https://www.suseso.cl/607/articles-19844_archivo_01.pdf [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2019].
- THE STATE OF GENDER PAY GAP (2019). Disponible en www.payscale.com/data/gender-pay-gap
- TODARO, R. (2002): “Encuesta de remuneraciones y costo de la mano de obra, análisis por sexo”, en *Documento de trabajo*, N° 75. Disponible en https://estudios.sernam.cl/documentos/?eNzc1NDY3-Encuesta_Remuneraciones_y_Costos_Mano_de_Obra_ [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2019].
- TOKMAN, A. (2011): “Informe de Estudio Mujeres en puestos de responsabilidad empresarial del Servicio Nacional de la Mujer”. Disponible en https://estudios.sernam.cl/documentos/?eMjIyNzkyOQ==Mujeres_en_puestos_de_Responsabilidad_Empresarial_ [fecha de consulta: 18 de septiembre de 2019].
- TORO, P. (2018): “Ley de igualdad salarial: se han presentado 27 denuncias en 7 años”, en *La Tercera*, 9 de marzo 2018. Disponible en: www.latercera.com/nacional/noticia/ley-igualdad-salarial-se-presentado-27-denuncias-7-anos/92799/ [fecha de consulta: 25 de agosto de 2019].
- VILLAR, A. (2010): *Mujeres y mercado laboral en España: cuatro estudios sobre la discriminación salarial y la segregación laboral*, Bilbao, Ed Fundación BBVA.
- WORLD BANK GROUP (2019): “A decade of reform”. Disponible en <https://wbl.worldbank.org> [fecha de consulta: 15 de agosto de 2019].
- YARUR, I. (2018): Director Fundación ChileMujeres en Impulsa 3.

Normas citadas y otros

Boletines 10.067-13 y 12.026-13.

Código del Trabajo

Ley N° 20.348 (2009).

Ley N° 20.840 (2015).

NCG 385 y 386 SVS (2015).

THATCHER Y MERKEL: MUJERES CLAVES EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA

THATCHER AND MERKEL: KEY WOMEN IN THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS

*Paulina Astroza Suárez**
*María José Vásquez Venegas***

RESUMEN: En este artículo identificaremos el papel representado por dos mujeres en el proceso de construcción europea que dio origen a la Unión Europea (UE). Con visiones distintas sobre lo que debía ser la integración en Europa, Margaret Thatcher y Angela Merkel dejaron su huella en el mayor proceso de integración que se conoce. En contextos diferentes, enfrentadas a un mundo reservado casi exclusivamente a hombres, impusieron sus ideas y quedaron en la historia. ¿Qué tan distintas fueron sus visiones y aportes? ¿En qué contexto representaron un papel central marcando tanto a las instituciones europeas como al devenir de la propia integración?

PALABRAS CLAVES: Integración europea - Mujeres - Thatcher - Merkel.

ABSTRACT: In this article we identify the role played by two women in the European construction process that gave rise to the European Union (EU). With different visions of what integration in Europe can be, Margaret Thatcher and Angela Merkel will leave their mark on the greatest integration process known. In different contexts, in a world reserved almost exclusively for men, they imposed their ideas and remained in history. How different were their visions and contributions? In what context did they play a

* Académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Directora del Programa de Estudios Europeos y cátedra Jean Monnet de la Unión Europea. Correo electrónico: pastroza@udec.cl

** Ayudante de investigación de la profesora Paulina Astroza, Universidad de Concepción. Correo electrónico: mariajvasquez@udec.cl

central role in both European institutions and in the course of integration itself?

KEYWORDS: European integration - Women - Thatcher - Merkel.

1. INTRODUCCIÓN

Ideas sobre la unidad europea se habían planteado desde antes del siglo XX. Sin embargo, fue tras las dos guerras mundiales y el periodo entreguerras que europeos tomaron conciencia de su nueva posición en el mundo. Tras el eurocentrismo que marcó las relaciones internacionales por siglos, los países europeos se encontraban en un estado de destrucción humana, moral, económica, social y política de tal magnitud que no tenían otra opción que pensar estrategias para su reconstrucción. Asumieron que la rivalidad franco-alemana había llevado a la mutua destrucción del continente y con ello al mundo entero. Para salir de las profundidades a que habían llegado, sin repetir los errores de la pos Primera Guerra Mundial, comienzan un proceso paulatino, “paso a paso”, de integración.

Partiendo de lo sectorial en el ámbito de la energía (creación de la primera Comunidad Europea del Carbón y del Acero, CECA, Tratado de París de 1951), de la economía (creación de la Comunidad Económica Europea, CEE, Tratado de Roma de 1957) y de la energía atómica para uso civil (Euratom o Comunidad Europea de la Energía Atómica, Tratado de Roma de 1957), la unidad europea continuó profundizándose hasta la creación por el Tratado de Maastricht de la actual Unión Europea (UE, 1992). Posteriores acuerdos internacionales fueron incrementando los ámbitos tanto de integración como cooperación, estableciendo sus instituciones, normas de funcionamiento, derechos y deberes, delimitación de competencias, entre otros aspectos. Tras el fracaso de la Constitución Europea en 2005 por el rechazo vía referéndum de franceses y holandeses, el Tratado de Lisboa estableció las bases de la actual UE. El Tratado de la UE y el Tratado de Funcionamiento de la UE son los tratados constitutivos que, entre otros instrumentos, regulan hoy el club europeo. Desde el punto de vista de su ampliación, lo que partió en la década de 1950 como iniciativa de los Seis Estados fundadores¹, actualmente la UE cuenta con veintiocho² y se encuentra en proceso de desconexión del Reino Unido (Brexit).

¹ Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo.

² Reino Unido, Irlanda, Dinamarca (1973), Grecia (1981), España, Portugal (1985), Finlandia, Austria, Suecia (1995), Estonia, Letonia, Lituania, República Checa, Polonia, Hungría, Eslovaquia, Malta, Chipre (2004), Bulgaria, Rumania (2007) y Croacia (2013).

Ha sido un proceso de construcción que ha tomado décadas. Admirado y criticado, modelo o referente de otros procesos regionales en el mundo –incluyendo América Latina– y que, en especial en sus inicios, ha sido el producto de un impulso *top down* (desde los Estados hacia la ciudadanía) también ha sido principalmente creación de hombres. Así, se habla de Konrad Adenauer, Jean Monnet, Robert Schuman, Altiero Spinelli, Paul Henri Spaak, Alcide De Gasperi, Winston Churchill, Walter Hallstein, Sicco Mansholt, Johan Willem Beyen y Joseph Bech como los “Padres Fundadores”³ de la actual Unión Europea. ¿No hay Madres a quien dar ese justo título?

“Ahora las instituciones europeas han cambiado la terminología y se refieren a los pioneros y pioneras. Como pioneras figuran las dos únicas presidentas del Parlamento Europeo, Simone Veil y Nicole Fontaine, junto a Ursula Hirschman, fundadora del federalismo europeo”⁴.

Este año se ha elegido a la primera presidenta de la Comisión Europea, la exministra de Defensa de Alemania Ursula von der Leyen. En un evento realizado en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, Italia, con motivo del Día de Europa (que recuerda el discurso de Robert Schuman en 1950 y en que llama a unirse al continente) y cuyo tema fue “La mujer en Europa y el mundo”,

“Sandro Gozi⁵ recordó que se habla de Padres Fundadores y raramente de Madres Fundadoras de la UE, pese a que mujeres como Ursula Hirschmann, Louise Weiss o Simone Weil se habrían ganado a pulso tal consideración”⁶.

La ausencia de “Madres Fundadoras” no significa que las mujeres no hayan sido protagonistas de la historia de la integración europea. Están ahí, silenciosas, invisibilizadas⁷. Les ha sido difícil llegar a cargos de poder, tanto en el ámbito nacional como europeo. De los más de doscientos Jefes de Gobierno desde 1990, solo diecisiete han sido mujeres, siendo la última la recientemente asumida Primera Ministra (interina) de Bélgica, Sophie Wilmès. Y de aquellas que llegaron a lo más alto, encontramos a dos Jefas de Gobierno de países grandes que, en diferentes épocas y con diferentes visio-

³ COMISIÓN EUROPEA (2012).

⁴ ALONSO (2019).

⁵ Político italiano y miembro del Parlamento de Italia.

⁶ AGENDA PÚBLICA (2016).

⁷ Para conocer el aporte de mujeres en la historia de la integración europea, véase www.elindependiente.com/politica/europa/2019/03/03/quienes-son-las-mujeres-que-construyen-europa/ [fecha de consulta: 5 de noviembre 2019].

nes, marcaron hitos importantes en la construcción de la unidad de Europa: Margaret Thatcher y Angela Merkel.

2. MARGARET THATCHER: LA “DAMA DE HIERRO” Y SU EUROESCEPTICISMO PRAGMÁTICO

Comprender el papel de las líderes políticas en la integración europea implica conocer su propia historia de vida que dan señas de su posterior toma de decisión en la política europea. ¿Quiénes son? ¿De dónde vienen? ¿Cuáles son sus valores e ideas políticas? ¿En qué etapas de la construcción europea intervinieron? Estas son preguntas que contribuyen a comprender su visión de Europa y saber hasta dónde estaban dispuestas a llegar en la unidad del continente y en qué hitos dejaron su sello.

Oriunda de Grantham –pequeña ciudad del condado de Lincolnshire en Inglaterra- creció en una modesta familia de clase media, integrada por su hermana y sus padres. Estos eran dueños de dos tiendas de comestibles donde a temprana edad, y por las necesidades que imperaban en la época, desarrollaría las primeras nociones de economía doméstica y negocios atendiendo el lugar. De padres metodistas, creció en un ambiente conservador, siempre junto a Alfred Roberts –su mayor referente– quien habría inculcado en su hija menor una necesidad por ganar, una ética de trabajo, un impulso para triunfar⁸. La política y el interés por los asuntos cívicos estuvieron desde siempre en su vida, especialmente por haber sido su padre concejal municipal y alcalde del pueblo en que vivían.

Sus orígenes permiten una primera cercanía a esta líder. En más de una oportunidad fue ella misma quien reconoció la influencia y contribución de su padre y la importancia de sus orígenes:

“me resulta verdaderamente interesante que las cosas que aprendí en una ciudad pequeña, en una casa muy modesta, sean precisamente las cosas por las que yo he ganado estas elecciones. Le debo casi todo a mi padre”⁹.

Estudió ciencias químicas en la Universidad de Oxford. Allí habría conocido a Denis Thatcher, exitoso ejecutivo de la industria petrolífera con quien se casó y quien la instó a estudiar derecho. Fue su esposo quien la habría introducido también en política. Junto a él logró ingresar al Partido Conservador del que Denis ya era miembro. Con posterioridad logró el

⁸ GENOVESE (1997a).

⁹ GENOVESE (1997b), p. 237.

cargo de secretaria de Estado para Asuntos Sociales. Enseguida, ministra de Educación y Ciencia. Silenciosamente iba escalando hasta llegar a lo que sería su destino final: convertirse en la primera mujer en ocupar el cargo de Primer Ministro del Reino Unido. Y primera Mandataria del siglo XX en vencer tres veces consecutivas las elecciones de su país.

En 1979 asume como Primera Ministra representando al Partido Conservador, oficialmente llamado Partido Conservador y Unionista. Se trata de un partido de centro derecha fundado en 1834 y considerado como una de las principales fuerzas políticas del Reino Unido. Como líder del partido llevó a cabo durante sus años de gobierno una política marcadamente neoliberal. Fue tal la magnitud de la importancia de los ideales que promovió que incluso se adoptó el nombre de “thatcherismo” para englobar su *modus operandi* en la esfera política. ¿Y cómo podemos resumir tales ideales?:

“reformar para liberalizar el mercado laboral y el sector financiero; remodelar cada arista de la política británica apostando por revitalizar el pulso económico del país y reformar las instituciones obsoletas; política exterior férrea y músculo militar; no al Estado europeo, sí al libre mercado; reducción del papel del Estado y de los sindicatos; libertad individual y eficiencia económica”¹⁰.

No cabe duda que fue una mujer con actitud. Con paso decidido y sin titubear, se abrió camino en lo que era un mundo de hombres y se ganó el amor y odio de muchos. Fue conocida como la “Dama de Hierro” por sus decisiones políticas muchas veces agresivas, inflexibles y duras.

2.1. Contexto político y social

Luchó constantemente por ganar su lugar. Ser la hija de un tendero provocó que muchos no la tomaran en cuenta para materias más complejas como lo eran dedicarse a los asuntos políticos de un país, en los que, en aquella época, parecía haber espacio solo para hombres. Pero estos obstáculos no habrían logrado sino forjar su fuerte carácter. Fue una política de difícil consenso y de fuertes convicciones. Sus enfrentamientos con las instituciones europeas, en especial con la Comisión Europea, la llevaron a protagonizar periodos de estancamiento y bloque institucional.

El invierno de 1978-1979 en el Reino Unido fue llamado el “invierno del descontento”. Los conflictos sociales se habían agudizado. El paro había alcanzado la cifra de 1,6 millones de personas¹¹ y los sindicatos convocaron

¹⁰ MONTAÑES (2013).

¹¹ ESTEFANÍA (2008).

una serie de huelgas coordinadas contra el gobierno laborista de James Callaghan, su antecesor. En mayo de 1979, en pleno escenario de descontento social, llegaría al número 10 del Downing Street con ella a la cabeza del Partido Conservador. Aplicó duras medidas para bajar la inflación, planes para reducir el papel del Estado en la economía y una política de corte monetarista. En abril de 1982, envió una fuerza de la Marina Real al archipiélago de las Malvinas para combatir contra las tropas de la Junta Militar de Argentina que ocuparon Puerto Stanley invocando sus derechos de soberanía. Tras 45 días de guerra, ganaba la guerra.

Con ella al mando, el sindicalismo sufrió un fuerte desgaste, bloqueado por leyes cada vez más restrictivas. En dicho contexto cabe mencionar la huelga minera de 1984, que culminó después de un año de duros enfrentamientos internos y con la policía, con una derrota del sindicato.

En 1987 fue elegida Primera Ministra por tercera vez consecutiva y sus ejes políticos no variaron: liberalización radical de la economía, privatización de las empresas estatales, reforma fiscal e intransigencia ante los sindicatos. En materia de política exterior la caracterizaron sus duros enfrentamientos con la Comunidad Europea. En 1989 pronunció un discurso en la ciudad de Brujas, donde cambió para siempre la relación con Europa de los conservadores, hasta entonces partidarios de la integración, y dio origen al llamado “euroescepticismo”:

“(…) No hemos echado hacia atrás las fronteras del Estado en Reino Unido solo para verlas reimpuestas a nivel europeo, con un *superestado* europeo ejerciendo una nueva dominación desde Bruselas”¹²,

dijo en aquel discurso. En otros términos, no quería que sus decisiones en Reino Unido pudieran ser modificadas o impuestas desde Europa.

2.2. *Margaret Thatcher y su visión de la integración europea*

Reino Unido no es un Estado fundador de la actual UE. Pese al llamado de Winston Churchill a crear “los Estados Unidos de Europa” en su famosa alocución en la Universidad de Zurich en 1946¹³, las Islas Británicas no hicieron su ingreso a las Comunidades Europeas sino hasta 1972 y luego de sortear dos vetos del general Charles de Gaulle en 1961 y 1967. Es en 1972 que este país, junto a Dinamarca y la República de Irlanda, firman el Tratado de Adhesión a

¹² *Discurso de Brujas* (1988).

¹³ COMISIÓN EUROPEA (2019).

las Comunidades Europeas¹⁴, produciéndose la primera ampliación y pasando de la “Europa de los Seis” a la “Europa de los Nueve” en 1973.

Tras un periodo calificado de “Edad de Oro” de la integración, en que no solo los Estados miembros habían crecido económicamente, sino que, también, habían comenzado exitosamente su reconstrucción y recuperación y se habían ampliado,

“una triple crisis monetaria, energética y económica, reduce las ambiciones de los Estados miembros a mantener el acervo comunitario logrado hasta ese momento. En consecuencia, los problemas a los que se ven enfrentados a comienzos de los años setenta desorganizan la cooperación entre los Nueve”¹⁵.

Su llegada al poder en 1979 marcó un giro en las relaciones entre el Reino Unido y Europa y se enmarca en esta etapa de “europesimismo” que comienza a sentirse en el continente. Se caracterizó por entender la unidad europea como una forma de apuntalar el mercado interior y fue muy reticente a mayores avances, por lo que terminó transformándose en un importante obstáculo para la profundización de la integración y construcción del proyecto europeo. De esta manera, el avance hacia una unión económica y monetaria se vio afectado por esta triple crisis.

Desde su llegada al gobierno se enfrenta con la Comunidad Económica Europea (CEE). Varios temas que inciden en aspectos presupuestarios se mezclan y bloquean la vida comunitaria entre 1980 y 1984:

“es el ‘linkage’ que hace... Thatcher... entre la reducción de la contribución británica, el manejo de los gastos agrícolas y el crecimiento de los recursos propios necesarios para los nuevos gastos ligados a la política de investigación y desarrollo; y la ampliación de la Comunidad a Grecia, España y Portugal”¹⁶.

Se opuso a la unión política, al contenido social y político del Acta Única Europea (AUE), al Servicio Monetario Europeo (SME) y arremetió contra las instituciones europeas en su recordado discurso en el Colegio de Brujas, importante centro de pensamiento y formación de la UE. Insistió en la importancia de establecer límites jurídicos y políticos a la expansión de las competencias de la CEE. Estuvo en contra desde siempre a la consolidación de una moneda única que solo debilitaría, en su opinión, la democracia europea. Esta fue precisamente su última gran batalla que la enfrentó a sus socios europeos.

¹⁴ Tratado de Adhesión a Comunidades Europeas.

¹⁵ ASTROZA (2005), p. 42.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 43.

El problema presupuestario es un hito importante con el cual comienzan los enfrentamientos entre Margaret Thatcher y la entonces CEE. El acuerdo se refería a un descuento respecto a la contribución del Reino Unido al presupuesto de las instituciones europeas. Se trataba de una condición especial exclusiva del Reino Unido que provocó desacuerdo entre Westminster y los gobiernos de Francia y Alemania.

Ella criticaba que la mayoría de los fondos europeos se destinaran a los agricultores, lo que como país apenas les traía beneficios¹⁷. La Política Agrícola Común (PAC)¹⁸ era (y sigue siendo) una de las principales políticas comunitarias, pero Londres no se beneficiaba de ella en la misma medida que otros Estados. Para comprender la situación hay que señalar que desde sus orígenes el tema del presupuesto que financia las actividades de las instituciones europeas ha respondido a un equilibrio económico-político entre los Estados miembros y en especial entre la dupla y núcleo duro de la integración que es Francia y Alemania. Este equilibrio consistía en que, si bien los Estados aportaban fondos directos a las Comunidades Europeas, también recuperaban dinero vía subsidios de la PAC. Sin embargo, Reino Unido (contribuidor neto al presupuesto) reclamaba porque no obtenía de igual manera el retorno, ya que era un país eminentemente industrial y cuyos productos agrícolas eran obtenidos principalmente de la Commonwealth y otros territorios extra CEE.

Por lo anterior es que decidió lanzar una campaña para disminuir la contribución del Reino Unido a las arcas comunitarias. Fue en Dublín, en el año 1979, cuando pronunció a propósito de este mismo conflicto una de sus frases más célebres: "I want my money back!"¹⁹. La "Dama de Hierro" invoca el justo retorno: lo que entrega cada Estado miembro a las Comunidades deber ser un monto comparable a lo que recibe²⁰. En esta época tres países mediterráneos solicitan su ingreso: Grecia, España y Portugal. Además, al haber tomado conciencia los europeos de su retardo en el ámbito tecnológico frente a Estados Unidos y Japón, deciden poner en marcha tres programas de investigación y desarrollo tecnológico, lo que implicaba un aumento del

¹⁷ THATCHER (2012), p. 69.

¹⁸ La Política Agrícola Común (PAC) es definida en el ámbito de la UE por los gobiernos de los Estados miembros, quienes se encargan de aplicarla. Su objetivo es apoyar la renta de los agricultores, al tiempo que los anima a conseguir los productos de alta calidad que exige el mercado y a buscar nuevas oportunidades de desarrollo. Dentro de la Unión Europea se considera una de las políticas más importantes, no solo por su peso en el presupuesto comunitario, del que tradicionalmente ha venido absorbiendo las $\frac{2}{3}$ partes, si bien en los últimos años ha ido disminuyendo a medida que se han ido desarrollando otras políticas comunes.

¹⁹ FRALON (2005).

²⁰ MOREAU DEFARGES (2002), p. 28.

gasto de la CEE. Frente a esta situación, el Reino Unido se opone al incremento de los recursos propios y al ingreso de España y Portugal (quienes no serían contribuidores netos al presupuesto comunitario, sino, todo lo contrario, beneficiarios directos al recibir vía PAC más de lo que aportaban atendiendo al peso de su economía). Planteó su veto al ingreso de estos países

“mientras no se estableciera un sistema que respondiera al principio de ‘justa retribución’, contrario al principio de ‘solidaridad financiera’ y de la ‘globalización de las ventajas obtenidas del Mercado Común’”²¹.

Así es como se abre una crisis de cinco años (desde mayo 1980 a marzo de 1984) en que en la CEE se enfrenta al Reino Unido con los otros Estados miembros, lo que le valdrá a la Primera Ministra británica el calificativo de “intransigente” y a la CEE de “impotente”. No es sino hasta junio del año 1984 en que se llega a una solución: es en el Consejo Europeo de Fontainebleau²² que se desbloquea finalmente el impasse entre las partes. Por una parte, los ministros de Agricultura llegan a un acuerdo sobre el control de los gastos agrícolas y en este Consejo Europeo bajo presidencia francesa “se marca el fin del inmovilismo al solucionar los problemas británicos y al levantar éstos el veto al ingreso de España y Portugal”²³. La Primera Ministra logra el famoso “cheque británico”²⁴, que convertía tanto a los alemanes como a los franceses en los principales contribuyentes netos al presupuesto comunitario.

Entre sus intervenciones más significativas, hubo una especial que tuvo lugar en Bruselas. Se trató de una iniciativa de desreglamentación “con el objeto de aportar un impulso al desarrollo de la Comunidad en tanto que zona de libre comercio y libre empresa”²⁵. En aquella oportunidad, hizo ver a los demás Jefes de Gobierno que no era correcto llenar al Tratado de Roma de regulaciones excesivas. Se trataba de un tratado que propulsaba la libertad económica y aquellas reglamentaciones solo iban a frenarla. El objetivo para ella era combatir la burocracia o, al menos, reducirla, puesto

²¹ ASTROZA (2005), p. 46.

²² SANHERMELANDO (2016).

²³ ASTROZA (2005), p. 46.

²⁴ La devolución más conocida es el denominado “cheque británico”, por el que peleó en la década de 1980 la exprimera ministra Margaret Thatcher. La estadista conservadora consiguió que se reembolsase al Reino Unido parte de su contribución anual al presupuesto de la UE para compensar al país por el poco provecho que sacaba de las ayudas comunitarias, dirigidas principalmente a la agricultura. En la actualidad, esa devolución representa el 66% de su contribución neta. Disponible en www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/eu-affairs/20161024STO48384/glosario-del-presupuesto-de-la-ue-que-hay-detras-de-la-jerga-comunitaria [fecha consulta: 6 de noviembre de 2019].

²⁵ THATCHER (2012), p. 463.

que aquella afectaba rotundamente los negocios e intercambios. Fue una entusiasta profunda del Mercado Único. Siempre consideró la libertad de comercio como mucho más importante que todas las otras estrategias de la política económica global.

Los enfrentamientos entre ella y la Comunidad no solo fueron visibles en la primera legislatura, sino, también, en la segunda, prueba de ello es, por ejemplo, su oposición al contenido social de AUE. En un principio defendió la puesta en marcha del acta considerando que le posibilitaría trasladar al ámbito de la CEE las políticas económicas que defendía en el Reino Unido. Sin embargo, el AUE no era solo un tratado económico, sino que, también, contenía un importante componente social al que ella se opuso. Se trataba de un tratado que reforzaba la integración europea mediante la creación de un gran mercado interior, pero, al mismo tiempo, dispuso que las instituciones comunitarias ampliaran sus competencias a nuevas materias. Esto exigió cambios en los tratados y la celebración de una conferencia intergubernamental. Ambos aspectos recibieron el voto en su contra (junto con Grecia y Dinamarca) en el Consejo de Milán.

Con los años de conformada esta Comunidad los países miembros, o al menos la mayoría de ellos, anhelaban cada vez con más fuerza una cooperación e integración europea más estrecha, como reza el lema de los preámbulos y tratados constitutivos del proyecto europeo. Pese a la convicción de la mayoría sobre los frutos que traería este modelo de integración, no se dejaba persuadir. Ella tenía claro y conocía de antaño el que, según su punto de vista, era el mejor camino para la prosperidad de Europa: ¿el proteccionismo? No. ¿El Mercado Común concebido como una fuerza de libre comercio? Sí²⁶. Creía en la integración económica y le temía a la integración política. No quería que se perdiera la esencia de la cooperación activa y voluntaria entre Estados soberanos independientes. Insistía en que las instituciones de la CEE debían gestionarse para contribuir a la mayor libertad de los individuos. Insistía en que aquellas no debían degenerar en burocracia. Allí donde no servían para hacer más amplia la libertad, debían ser sometidas a crítica.

En un discurso que pronunció en el parlamento de Westminster arremetió contra Jacques Delors, en ese entonces presidente de la Comisión Europea. Advirtió que lo que él quería, era que el Parlamento Europeo sea el órgano democrático de Europa reemplazando los parlamentos nacionales, que la Comisión sea el Gobierno Europeo y que, por último, el Consejo de Ministros se convirtiera en el Senado para Europa. La respuesta de ella a estos deseos fueron: No, no y no²⁷.

²⁶ THATCHER (2012), p. 465.

²⁷ *Ibid.*

De esta manera fue como a fines de la década de 1980 empezó a quedar claramente definida en el Partido Conservador un ala “euroescéptica”²⁸ liderada por Margaret Thatcher. La idea de “integración europea” que tenía se alejaba en gran medida de la idea de integración que tenían sus socios continentales. Su visión con respecto a la de los demás era más restringida y siguieron los enfrentamientos. Para el antiguo canciller alemán Helmut Kohl, ella tenía una personalidad “difícil” con la que mantuvo una relación que jamás estuvo basada en la confianza. En sus propias palabras:

“Margaret quería a Europa, pero una Europa diferente de la querida por la mayoría de sus colegas europeos, entre ellos yo mismo. Desde mi punto de vista, este antagonismo caracteriza a la política europea de Gran Bretaña hasta nuestros días”²⁹.

En septiembre de 1989 eligió la cuna del europeísmo, el Colegio de Europa de Brujas, para expresar sus ideas más enfáticamente. Propuso una “comunidad europea a la inglesa”, en la que destacaba la necesidad de abandonar políticas equivocadas o ineficaces como la agrícola y el rechazo a concentrar más poder en Bruselas. Trazó una serie de límites que el proceso de construcción europea por ningún motivo debía traspasar. En sus palabras:

“la Comunidad Europea no era un dispositivo intelectual susceptible de ser modificado constantemente en función de teorías intelectuales abstractas, por lo que no hacían falta nuevos tratados; la cooperación entre sus miembros no exigía cesiones permanentes de competencias a las instituciones comunitarias sino que el éxito radicaba en la dispersión del poder, no en su centralización; la Comunidad Europea debía asegurar la libertad económica y abrirse al exterior”³⁰.

Quería lograr la cooperación política, pero no quería que esto significara una traba para los Estados miembros que se tradujera en una pérdida importante de soberanía que no les permitiera seguir su propio camino en el plano nacional.

Margaret Thatcher contribuyó a su manera a la construcción europea, obstaculizando deseos por más profundización de la integración e impulsando importantes etapas como lo fue el Mercado Interior. Su sello en la siempre compleja relación Reino Unido-Unión Europea quedó marcado a fuego y mucho de los debates e impasses que se vivieron durante sus mandatos a la cabeza del gobierno británico han sido fuente de inspiración y recuerdo en los ya tres años de negociaciones del Brexit.

²⁸ THATCHER (2012), p. 69.

²⁹ CHARTER, SAVAGE & LOW (2013).

³⁰ THATCHER (1988).

3. ANGELA MERKEL: MUTTI Y SU EUROENTUSIASMO LIMITADO

La historia de vida de Angela Merkel es diferente a la de Margaret Thatcher en muchos sentidos. A diferencia de la anterior, proviene de la Alemania del Este, de esta Alemania del bloque soviético separada y enfrentada con Europa y Occidente en el periodo de la Guerra Fría. Conoció ese otro mundo geográfico, político y psicológico: el Este de Europa, la experiencia íntima del autoritarismo, la privación de libertades, la represión estatal. En consecuencia, es diferente porque sabe lo que la libertad significa y también vivió lo que su ausencia provoca. Así lo señaló en su discurso en el Colegio de Brujas en 2010:

“Los primeros 34 años de mi vida estuvieron marcados por la falta de libertad, el despotismo y la dictadura. Las grandes conmociones de los años 1989-1990 nos han cambiado profundamente. Abruptamente, se nos ofreció la posibilidad de vivir finalmente libres. Esta experiencia que vivieron los alemanes del este fue también la de Europa. La reunificación de Alemania habría sido inconcebible sin el proceso de integración europea”³¹.

Al igual que la Primera Ministra británica, es una mujer en un mundo de hombres. Una protestante entre católicos, divorciada entre miles de conservadores, una alemana del Este en medio de occidentales. En ella hay una actitud muy especial que quizá se explique por su experiencia del totalitarismo comunista³².

Nació en 1954, casi diez años después de la caída de Adolf Hitler, en Hamburgo, Alemania. Austera, hija de un pastor luterano, educada tras la Cortina de Hierro. En ella también son evidentes en su carácter las marcas del pasado. Haber sido educada bajo los valores protestantes no habría tenido quizá nada de particular si esto no hubiere ocurrido al interior de un gobierno totalitario donde el partido único definía la religión del enemigo. Por lo mismo, pertenecer a una religión era una forma de resistencia. De la dictadura ella también conoció los pequeños arreglos, los compromisos, el arte de trazar su propio camino sin hacerse notar en un medio hostil³³. Todo sobre ella se explica porque conoció los dos sistemas. Al Este de Alemania todos soñaban con un mundo libre. Eran hombres y mujeres que no podían circular y no podían pensar en voz alta. Fue una estudiante aventajada que disfrutaba de

³¹ MERKEL (2010).

³² VAN RENTERGHEM (2017), p. 30.

³³ *Op. cit.*, p. 31.

las matemáticas y el ruso en la escuela y en sus años universitarios obtuvo un doctorado en física. Esperó la caída del muro de Berlín, a fines de 1989, para entrar en política, primero como portavoz del último gobierno de la República Democrática Alemana (RDA) y posteriormente como miembro de la conservadora Unión Demócrata Cristiana (CDU) de Helmut Kohl.

Quienes la conocen saben que descifró el código del poder y que sabe cómo mantenerlo desde la aplicación de la metodología científica y los valores éticos de su religión cristiano-protestante. Fuera del partido ejerció como ministra de Juventud y Familia y de Medio Ambiente y Naturaleza. Su ascenso se debe a méritos propios, sin lugar a dudas³⁴. Es una canciller que ha construido su política tanto sobre valores como sobre estrategias racionalmente pensadas, lo que se refleja, por ejemplo, en su decisión de no cerrar las puertas de Alemania a los cientos de miles de migrantes que escapaban de la guerra y de las atrocidades en Siria o el tiempo que se tomó para adoptar decisiones en la crisis del euro.

3.1. Contexto político y social

Llegó al poder en 2005, convirtiéndose ese día en la canciller de la República Federal Alemana (RFA). En aquella época Alemania se encontraba estancada económicamente y el desempleo estaba en su nivel más alto de los últimos setenta años³⁵. Fue su antecesor Helmut Kohl, quien la apadrinó convirtiéndola en su Ministra más joven tras la reunificación, pero no a mucho andar la cercanía entre ambos cambiaría. Anunció públicamente que rompía cualquier relación con él y forzó su dimisión tras el escándalo del financiamiento secreto de la CDU (*affaire* de las cajas negras), partido político con el que accedería al cargo de canciller y con el cual se mantendría en el poder durante cuatro periodos consecutivos.

Su partido CDU ha logrado estar a la cabeza del gobierno alemán desde 1945 (con la sola excepción de la década de 1970). Se formó como un partido nuevo y como principal objetivo tenía el superar las divisiones entre católicos y protestantes. Se define como partido de centro-derecha, liberal y conservador con ideología demócrata cristiana³⁶.

Si bien desde que llegó a la política alemana ha permanecido fiel a su ideología de centro derecha, esto no obsta que su manera de gobernar sea especial y distinta a muchos, otorgándole un sello muy “merkeliano”. Lo anterior porque creció en la RDA y mucho de lo que vivió en una sociedad comunista vive con ella y le ha servido para desarrollar aptitudes

³⁴ JIMENEZ y ROMERO (2018).

³⁵ DAUDERSTÄDT (2013).

³⁶ MAZA (2012).

políticas difíciles de ver en otros mandatarios. Esto explica también que sea más abierta al diálogo que Margaret Thatcher, por ejemplo, y que busque siempre el consenso de la mayoría. Durante sus primeros años de gobierno fue apodada “Mutti”, madre en alemán: una figura conciliadora, fiable y preocupada de los suyos³⁷. Ha sabido transmitir a la población la sensación de proteger a los alemanes frente a los males del mundo³⁸.

Pero durante su extenso mandato el escenario político y social en el que ha tenido que desempeñarse y mostrar sus aptitudes no ha sido el más tranquilo. Además de su decisión de cerrar las centrales nucleares de su país tras la catástrofe de Fukushima en 2011, la crisis migratoria del año 2015 podría calificarse como el principal acontecimiento al que tuvo que hacerle frente junto a la crisis del euro tras la gran recesión del siglo XXI. Lo anterior sin olvidar los diversos conflictos de los que tuvo que hacerse cargo como lo fue el ruso-ucraniano en 2013 y el auge de la ultraderecha, en especial en la parte oriental de Alemania. Siempre ha sido consciente del peso de Alemania en la economía y política europea y mundial. Así lo manifestó también en Brujas:

“está claro que Alemania, también como primera economía europea, asume una responsabilidad especial en nuestro continente. Esto ha sido un hecho en los dos últimos años de profunda crisis financiera y económica internacional. No más tarde de la primavera pasada, nos encontrábamos al borde del precipicio como Unión Europea. Sólo mediante esfuerzos considerables y concertados se ha podido evitar lo peor para todo el sistema de la unión monetaria”³⁹.

Tanto en la crisis financiera como en las negociaciones del Brexit ha conseguido mantener a la UE unida. En Ucrania logró convencer a los socios para imponer sanciones a Rusia y en la crisis migratoria ha defendido con valentía los valores europeos, casi sola, en su compromiso en dar la bienvenida a los refugiados⁴⁰.

Por todo lo anterior es que la aún canciller de Alemania es una de las personalidades políticas planetarias más difíciles de interpretar⁴¹. Suele mostrarse discreta y en ocasiones sorprende, incluso, a sus allegados en política. Hay quienes afirman que su personalidad resulta “huidiza” –como Frédéric Lemaître, corresponsal del diario francés *Le Monde* en Berlín–. Pero

³⁷ ESPARZA (2017).

³⁸ FORTEZA (2015).

³⁹ MERKEL (2010).

⁴⁰ FORTEZA (2015).

⁴¹ *Ibid.*

hay cosas de ella respecto de las cuales no hay duda. Frente a los problemas, le gustan las soluciones prácticas. Frente a las crisis migratorias, opta por la libertad. Frente al desorden, busca la seguridad. Así, el expresidente de Estados Unidos Barack Obama viajó a despedirse de la actual Canciller y aseguró que es “la líder del mundo libre”⁴², entregándole el testimonio de la defensa de los valores de la democracia liberal justo antes de la llegada de Donald Trump a la Casablanca.

3.2. *Angela Merkel y su visión de la integración europea*

Un poco liberal, un poco social-católica y un poco conservadora ha sido calificada como una europeísta racional⁴³ que tiene su foco en resolver los problemas y no así en plantear escenarios⁴⁴. Más allá de sus planes y programas, hay un aspecto que va en primer lugar para ella: busca mantener unidos a los veintisiete y que no se pierda el sentimiento europeo de cooperación, unidad y solidaridad.

Pero no quiere darle a la Comisión Europea demasiado poder, quizá por el mismo sentimiento de libertad del que recién se hablaba. Una prueba de aquello es que defiende más la regulación a través de los Estados miembros y no a través de la Comisión. Prefiere que sea el Consejo Europeo (reunión de los Jefes de Estado y Gobierno de todos los Estados miembros de la UE) quien dirija los destinos de la integración.

Hay quienes⁴⁵ afirman que es quien más ha instado por transformar a la UE en una unión competitiva. En más de una oportunidad ha intentado convencer a sus socios europeos de la necesidad de convertir a la UE en un ente que compita con el exterior, económica, pero también geopolíticamente. Estima que el hecho que la UE compita con las demás regiones del mundo la hará alcanzar el éxito y la prosperidad que anhelan los Estados. Y ser “competitiva” es lo que la llevará finalmente a transformarla en un modelo para el resto del mundo, no solo como una potencia económica, sino que, también, como una comunidad de valores⁴⁶.

También ha sido impulsora de la relación transatlántica. Sin embargo, la llegada de Donald Trump al poder en Estados Unidos ha cambiado el escenario. No solo las dudas sobre el compromiso del actual presidente esta-

⁴² ALONSO (2017).

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ KUNDNAN (2018).

⁴⁶ *Ibid.*

dounidense con la seguridad occidental, la OTAN y el artículo v del Tratado del Atlántico Norte han minado su desconfianza con su aliado atlántico, sino los propios ataques que Donald Trump ha proferido –sobre todo vía Twitter, red preferida del inquilino de la Casablanca– directamente contra ella y Alemania.

En otro aspecto, el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (conocido por su sigla en inglés TTIP) es un tratado de libre comercio entre la UE y Estados Unidos que busca bajar los aranceles, liberalizar nuevos mercados y armonizar la legislación entre ambas potencias y que se está negociando desde el mes de junio del año 2013. Impulsado por Barack Obama y como una forma de contrarrestar el avance chino, contó con el interés de la UE. En estas negociaciones representó un papel clave e instó a sus colegas a acelerarlas por los frutos que dicho acuerdo traería para la prosperidad del bloque europeo y además lograrían uno de los objetivos primordiales en política exterior: hacer de “contrapeso económico” frente a China que a poco a poco se ha ido transformando en una de las economías más fuertes del hemisferio. Por lo mismo, la relación transatlántica se había revelado esencial en el ámbito de la competitividad.

Como señalamos, pese a sus esfuerzos, en la actualidad las negociaciones entre ambas potencias se han visto interrumpidas desde la llegada al gobierno estadounidense de Donald Trump. Los medios han sido testigos que este Presidente estaría dispuesto a sacrificar la relación estratégica con sus tradicionales aliados por su propia agenda interna, por lo que Estados Unidos ha dejado de ser percibido como un socio fiable. En poco más de un año, la Unión Europea y Estados Unidos han pasado de negociar un acuerdo de comercio que iba a sentar “las bases del comercio del siglo XXI”⁴⁷ a amagar una guerra arancelaria en toda regla, con la excusa de la seguridad e interés nacional.

3.3. El liderazgo de Angela Merkel puesto a prueba en tiempos de crisis

a) Crisis migratoria

Hace unos años los medios informaban la llegada de más de 1,3 millones de refugiados que, escapando de la guerra y de la miseria, pedían asilo en Alemania. La mayoría provenía de Siria o de Irak –pero también se trataba de eritreos, paquistaníes, kosovares y bosnios– y rogaban al gobierno alemán un lugar para ellos. La indiscutible líder de Europa durante más de una década, al tiempo que iban llegando, tomó la difícil y controvertida decisión de mantener las fronteras

⁴⁷ GONZÁLEZ (2018).

abiertas y de recibir a los miles de refugiados. La justificación en sus propias palabras no era más que por “razones humanitarias”⁴⁸ y en defensa de los valores europeos. Los alemanes repartían ropa, agua, alimentos, incluso juguetes, y la Alemania de Angela Merkel sorprendía al mundo con su bienvenida.

La llegada tuvo lugar en septiembre de 2015 y hasta la actualidad se discuten las medidas tomadas por la Canciller. Los efectos políticos también se han hecho sentir. Su partido ha perdido apoyo popular en las últimas elecciones, tanto en el ámbito europeo como nacional, federadas y locales. Conformar su actual gobierno fue muy difícil tras las elecciones de 2017 rompiendo un récord de tiempo sin gobierno en funciones. La estabilidad que siempre había caracterizado, representada en la típica posición de sus manos en fotos y eventos, con el tiempo se ha ido perdiendo. El avance de la extrema derecha en especial en la Alemania oriental (reflejado en el auge del Partido Alternativa para Alemania, AfD) y de los Verdes, dan cuenta del desgaste de estos años al mando de su país y en gran medida de Europa. La crisis migratoria se ha convertido en un profundo terremoto en Alemania, una euforia que duraría mucho más de lo esperado, una incertidumbre sobre qué iba a pasar con todos aquellos refugiados que no dejaban de llegar y los costos que ha implicado para Alemania.

Para ella la solución debía ser conjunta y en el seno de un discurso en el Bundestag antes de partir hacia unas de las importantes Cumbre de Bruselas en la que se abordó el tema, afirmó que no podían hacer ojos ciegos a lo que estaba pasando en Europa, precisamente porque “la migración podría decidir el destino de la Unión Europea”⁴⁹. En esta misma oportunidad alertó que nadie en el resto del mundo iba a creer en el sistema de valores de la Unión si aquella crisis no se resolvía vía acciones multilaterales.

Decisiones como esta de mantener las fronteras abiertas han hecho que la Canciller originaria del Este haya sido elegida “Persona del año” por la revista *Times* en 2015 “debido a su liderazgo durante la crisis de la deuda en Europa, la ola de refugiados y la intervención de Rusia en Ucrania”⁵⁰.

b) Conflicto ruso-ucraniano

El conflicto comenzaba el año 2013 cuando el 21 de noviembre los ucranianos salieron a las calles a protestar tras el rechazo por parte del que en ese entonces era el presidente ucraniano Viktor Yanukovich a firmar un acuerdo que significaría un mayor acercamiento entre Ucrania y la UE. Con su negativa

⁴⁸ LÓPEZ (2018).

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *EL ESPECTADOR* (2015).

situaba al país más cerca de Rusia. Con los días las protestas continuaban y cada vez se tornaban más violentas, cobrándose centenares de muertos⁵¹. Este estallido social y político fue conocido como “El Maidan” (plaza). El 28 de enero de 2014 Viktor Yanukovich abandonaba el poder y salía del país. La región de Crimea declaraba unilateralmente su independencia y Rusia la anexaba a su territorio, situación que no fue aceptada ni por Ucrania ni por gran parte de la comunidad internacional.

Fueron importantes los esfuerzos de la Canciller para lograr un acuerdo de paz entre los países protagonistas, esto es, Ucrania y Rusia. Estuvo dieciséis horas negociando con el presidente ruso Vladimir Putin para lograr un acuerdo de cese al fuego. Al final de la negociación, el diario alemán *Bild* escribía entre sus líneas que “ella hizo en dos días lo que para otros es una semana de trabajo”⁵². A su vez, el diario austriaco *Die Presse* apuntó que “nada funciona en Europa sin Merkel”⁵³.

Si bien en una primera oportunidad se oponía a imponer sanciones a Rusia, con posterioridad cambió de opinión al constatar que el presidente ruso estaba enviando soldados y armas para ayudar a los rebeldes⁵⁴. Así, señalaba que solo iba a ser posible atenuar las sanciones en la medida que se viera un progreso en la implementación de los acuerdos.

El conflicto se agudizaba entre ambos países con la adhesión de Crimea a Rusia tras el referéndum celebrado en marzo de 2014. Al mismo tiempo la UE volvía a imponer nuevas sanciones al país de Vladimir Putin. El nuevo jefe de gobierno ucraniano, por su parte, reconocía la ayuda de Angela Merkel en el conflicto, y su fiel apoyo a Ucrania. En el mismo sentido, el presidente ucraniano Petro Poroshenk afirmaba ante los medios que en 2015 la Canciller salvó a su país con los Acuerdos de Minsk⁵⁵.

Volvía a representar un papel clave en asuntos cruciales frente a un enemigo externo, como lo es Rusia, que implicaban de una u otra forma un peligro para Europa. A medida que iban pasando los años con ella al poder, la influencia política de Alemania iba aumentando de forma constante.

c) Crisis del euro

Llegó al gobierno cuando la crisis del euro aún no comenzaba, pero, una vez iniciada, empezó a representar un papel preponderante en la misma, no solo por la gran potencia que es Alemania y su peso en la economía europea, sino

⁵¹ PRIETO (2014).

⁵² *EL PAÍS* (2015).

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ PLANAS (2018).

que, también, por los valores que la Canciller lleva consigo desde la Europa del Este. Desde siempre Alemania ha tenido influencia en el destino del euro porque este se basó precisamente en el “marco alemán”, y el Banco Central Europeo se encuentra en Frankfurt⁵⁶. Dentro de los acuerdos políticos de la integración, lo relacionado con la moneda tiene su sede en Alemania. Alemania siempre ha sido el principal contribuidor neto de las instituciones europeas. Además, los alemanes aportan créditos para el refinanciamiento de la deuda estatal y también de la deuda privada (del sistema bancario) de los países que se encuentran al borde de la quiebra financiera, porque esa quiebra supondría si no la desaparición del euro, sí una devaluación sustanciosa de esta moneda⁵⁷. En los tiempos de David Cameron, pese a sus diferencias, ambos estaban de acuerdo en la necesidad de adoptar acciones contundentes para estabilizar la Eurozona⁵⁸.

Sus intervenciones durante la crisis fueron constantes y buscaron desde el primer día afrontarla y recuperar la estabilidad de la UE y de sus miembros, porque en sus propias palabras “si fracasa el euro, fracasa también Europa”⁵⁹. Si bien en un principio era reacia a rescatar a países endeudados como Grecia, la amenaza de contagio e incertidumbre del euro la llevaron finalmente a ampliar el Fondo de Rescate, más de doscientos mil millones de euros de cuenta de los alemanes⁶⁰. Fue objeto de importantes críticas por su pasividad y estudiada falta de reacción cuando la tormenta del euro azotaba. Se le exigía acción y generosidad ante la gravedad de los hechos. Sin embargo, fruto de su carácter pragmático y estratégico, esperó hasta que la situación llegara al borde del precipicio para forzar a Grecia a aceptar los términos de la llamada “troika” (Fondo Monetario Internacional, Banco Central Europeo y Comisión Europea) y adoptar las severas medidas de ajuste para obtener el dinero del rescate.

Paradójicamente, es durante esta crisis cuando su figura logró su mayor crecimiento y emergió como de uno de los principales íconos de la lucha económica y social de los países de la Unión y la estabilidad económica. Sin embargo, la gran crisis que comenzó en 2008 sigue aún produciendo efectos. Según datos de la *Eurostat*, oficina estadística de la Comisión Europea, la zona logró un escuálido crecimiento de 2,0% durante el tercer trimestre, exclusivamente, gracias al alza de Alemania y Francia⁶¹. De manera preocupante hoy los datos en la Zona Euro no son auspiciosos⁶².

⁵⁶ RODRÍGUEZ (2013).

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ ROBLEDO (2011).

⁵⁹ RODRÍGUEZ (2013).

⁶⁰ ROBLEDO (2011).

⁶¹ *Ibid.*

⁶² FINANZAS (2019).

REFLEXIONES FINALES

La historia de la construcción europea se ha realizado sin “Madres Fundadoras”, pero con muchas pioneras y mujeres importantes que, gran parte de las veces, han estado relegadas a un segundo plano o sin acceder a los cargos más altos en las instituciones europeas. Poco a poco, con el esfuerzo de muchas feministas y activas promotoras de la apertura de espacios en el ámbito europeo, han ido ganando sus lugares. En diciembre debiera asumir la primera presidenta de la Comisión Europea y en estos momentos se llevan a cabo las negociaciones para que el colegio de comisarios de esta institución esté constituido de forma paritaria. Dos presidentas (ambas francesas) ha tenido el Parlamento Europeo y ninguna aún ha llegado a ser presidenta del Consejo. Sin embargo, dentro de las Jefas de Gobierno que han sido parte de la historia contemporánea europea –muy menores en número en relación con sus colegas varones– dos han destacado de manera clara: Margaret Thatcher y Angela Merkel. Con historias de vida totalmente diferentes, en contextos políticos y sociales diversos, ambas enfrentadas a un mundo fundamentalmente de hombres y con visiones de Europa divergentes, han dejado su huella indeleble en el continente. Ambas se vieron enfrentadas a importantes crisis (económica, energética, geopolítica, financiera, migratoria, monetaria, social, de seguridad e, incluso, de identidad del proyecto europeo) y su rol representó un papel clave ya sea en la obstaculización de la salida de crisis o en su resolución. Al comparar su visión de la unidad europea, claramente marcada en los discursos que ambas pronunciaron en el Colegio de Brujas, sus posiciones frente a la integración diferían sustancialmente. Del euroescepticismo de Margaret Thatcher al eurooptimismo pragmático de Angela Merkel, su impronta en la construcción europea es diferente. Sus países de origen no son un factor menor en la comprensión de sus roles. Alemania, parte del núcleo duro de la integración junto a Francia, y Reino Unido con un dilema y posición ambigua desde sus orígenes en relación con su pertenencia al bloque, describen el contexto en el que ambas se movieron. El interés nacional de cada uno de sus Estados determinó sus acciones. Junto a sus personalidades, historias de vida y visiones del mundo y Europa, la “Dama de Hierro” y “Mutti Merkel” marcaron cada una a su manera los caminos de la actual Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

- ASTROZA, Paulina (2005): “Unión Europea: ¿Un gigante económico y un enano político?”, en PROGRAMA DE ESTUDIOS EUROPEOS (coord.), *Perspectivas sobre la Unión Europea: Historia, Política, Derecho y Economía* (Santiago, Editorial LexisNexis).

- GENOVESE, Michael (1997a): "Margaret Thatcher y la política del liderazgo convincente". Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1051248> [fecha de consulta: 5 de noviembre 2019].
- GENOVESE, Michael (1997b): *Women as national leaders* (Madrid, Narcea S.A de Ediciones).
- JIMENEZ y ROMERO (2018): "El Liderazgo político con perspectiva de género". Disponible en <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/80319/Pages%20from%20Actas%20VII%20Congreso%20I%2bG%202018-12.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2019].
- MAZA, Carolina (2012): "La diversidad de los partidos democratacristianos en Italia (DC) y Alemania (CDU) en la época de crisis. Década de los noventa". Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4988764> [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2019].
- MOREAU DEFARGES, Philippe (2002): *Les institutions européennes* (Sixième édition, France, Éditions Dalloz, Armand Colin).
- THATCHER, Margaret (2012): *Los años de Downing Street* (México, Santillana Ediciones Generales, S.A. de C.V).
- VAN RENTERGHEM, Marion (2017): *Angela Merkel, L'Ovni Politique* (Paris, Edition Les Arènes).

Otros documentos

- AGENDA PÚBLICA (2016): *La 'cuestión de la mujer', decisiva para el futuro del proyecto europeo*. Disponible en <http://agendapublica.elpais.com/la-cuestion-de-la-mujer-decisiva-para-el-futuro-del-proyecto-europeo/> [fecha de consulta: 2 de noviembre 2019].
- ALONSO, Ana (2017): *Merkel, Canciller de Alemania y de Europa*. Disponible en www.elindependiente.com/politica/2017/09/24/merkel-canciller-de-alemania-y-de-europa/?resume=off [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2019].
- ALONSO, Ana (2019): *Quiénes son las mujeres que construyen Europa*. Disponible en www.elindependiente.com/politica/europa/2019/03/03/quienes-son-las-mujeres-que-construyen-europa/ [fecha de consulta: 2 de noviembre 2019].
- CHARTER, SAVAGE & LOW (2013): *Thatcher 'responsable' de la división británica sobre Europa*. Disponible en <https://voxeurop.eu/es/content/news-brief/3659661-thatcher-responsable-de-la-division-britanica-sobre-europa> [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2019].
- COMISIÓN EUROPEA (2012): *Comprender las políticas de la Unión Europea. Los padres fundadores de la Unión Europea*. Disponible en http://publications.europa.eu/resource/cellar/68bdd08f-bc32-4cf3-b714-fe6237052617.0012.03/DOC_1 [fecha de consulta: 2 de noviembre 2019].

- COMISIÓN EUROPEA (2019): *Winston Churchill: defensor de los Estados Unidos de Europa*. Disponible en https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/winston_churchill_es.pdf [fecha de consulta: 4 de noviembre 2019].
- DAUDERSTÄDT, Michael (2013): *Alemania y la crisis: victorias pírricas*. Disponible en <https://nuso.org/articulo/alemania-y-la-crisis-victorias-pirricas/> [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2019].
- Discurso de Brujas* (1988). Disponible en www.historiasiglo20.org/TEXT/thatcher1988.htm [fecha de consulta: 4 de noviembre 2019].
- EL ESPECTADOR (2015): *Angela Merkel, el personaje del año según la revista Time*. Disponible en www.elespectador.com/cromos/angela-merkel-el-personaje-del-ano-segun-la-revista-time-18482 [fecha de consulta: 7 de noviembre de 2019].
- EL PAÍS (2015): *La agitada semana de Ángela Merkel salvando a Europa*. Disponible en www.elpais.com.uy/mundo/agitada-semana-angela-merkel-salvando-europa.html [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2019].
- ESPARZA, Pablo (2017): *¿Cómo ha logrado Ángela Merkel dominar la política de Alemania durante 16 años?* Disponible en www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-41347907 [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2019].
- ESTEFANÍA, Joaquín (2008): *Invierno del descontento*. Disponible en https://elpais.com/diario/2008/09/08/economia/1220824807_850215.html [fecha de consulta: 4 de noviembre 2019].
- FINANZAS (2019): *Bruselas constata la ralentización económica de la zona euro*. Disponible en www.finanzas.com/noticias/economia/20191107/bruselas-constata-ralentizacion-economica-4026298.html [fecha de consulta: 7 de noviembre de 2019].
- FORTEZA, Marina (2015): *Ángela Merkel, diez años de poder*. Disponible en www.economista.es/economia/noticias/7166847/11/15/Angela-Merkel-diez-anos-de-poder-.html [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2019].
- FRALON, José-Alain (2005): *Margaret Thatcher: I want my money back!* Disponible en www.lemonde.fr/europe/article/2005/05/11/30-novembre-1979-margaret-thatcher-i-want-my-money-back_648386_3214.html [fecha de consulta: 9 noviembre de 2019].
- GONZÁLEZ, Alicia (2018): *Del TTIP a la amenaza de guerra comercial*. Disponible en https://elpais.com/internacional/2018/03/07/actualidad/1520447014_802001.html [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2019].
- KUNDNANI, Hans (2018): *Una Europa competitiva en Estudios de Política Exterior*. Disponible en www.politicaexterior.com/articulos/politica-exterior/la-inquietante-transformacion-de-la-ue/ [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2019].
- LÓPEZ, María Paz (2018): *El repliegue migratorio de Merkel*. Disponible en www.lavanguardia.com/internacional/20180709/45775687955/merkel-risis-migratoria-csu-refugiados.html [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2019].

- MERKEL, Angela (2010): *Discurso en el Colegio de Brujas, Bélgica*. Disponible en www.coleurope.eu/events/mrs-angela-merkel-delivered-opening-address-opening-ceremony [fecha de consulta: 7 de noviembre 2019].
- MONTAÑES, E. (2013): *Los ejes del thatcherismo en 10 flashes*. Disponible en www.abces/internacional/20130408/abci-politica-thatcher-frases-201304081433.html. [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2019].
- PLANAS, Carles (2018): *Ucrania pide ayuda a la OTAN y a Merkel para frenar la tensión contra Rusia*. Disponible en www.elperiodico.com/es/internacional/20181129/ucrania-pide-ayuda-a-merkel-para-frenar-la-tension-con-rusia-7174506 [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2019].
- PRIETO, Gonzalo (2014): *5 claves para entender el conflicto de Ucrania*. Disponible en www.geografiainfinita.com/2014/04/5-claves-para-entender-el-conflicto-de-ucrania/ [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2019].
- ROBLED, Juan José (2011): *Ángela Merkel, la gran esfinge en la crisis europea*. Disponible en www.bbc.com/mundo/noticias/2011/11/111118_merkel_perfil_crisis_europa [fecha de consulta: 6 de noviembre del 2019].
- RODRÍGUEZ, Juan (2013): *La postura de Alemania en la crisis del Euro*. Disponible en www.lavanguardia.com/lectores-corresponsales/20130429/54371300365/alemania-crisis-euro.html [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2019].
- SANHERMELANDO Juan (2016): *La historia de desamor entre Reino Unido y la UE en seis pasos*. Disponible en www.elespanol.com/mundo/20160218/103239954_0.html [fecha de consulta: 5 de noviembre del 2019].
- THATCHER, Margaret (1988): *Speech to the College of Europe (The College Speech)*. Disponible en www.margaretthatcher.org/document/107332 [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2019].
- Tratado de Adhesión a Comunidades Europeas. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-accession.html?locale=es#new-2-9> [fecha de consulta: 6 de noviembre del 2019].

PROBLEMAS DOGMÁTICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES DEL TRATAMIENTO PENAL DEL FEMICIDIO EN CHILE

DOGMATIC AND POLITICAL-CRIMINAL PROBLEMS OF THE CRIMINAL TREATMENT OF FEMICIDE IN CHILE

*Pablo Castillo Montt**

RESUMEN: El artículo analiza críticamente nuestro sistema diferenciado de protección penal de la vida, en especial la distinción introducida el año 2010 y la iniciativa de reforma actual que propugnan un tratamiento más gravoso para el autor que mata a una mujer en razón de su género. Con ello, se pretende demostrar que la (sobre) criminalización del fenómeno es inconducente a los fines que se propone y contraria a la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Femicidio - Parricidio - Ley Gabriela.

ABSTRACT: This work critically analyzes the protection of human life through criminal law in the Chilean legal system. Especially regarding the introduction of the new criminal offence of femicide, which aims to punish more severely he who kills a woman on grounds of her gender. This article claims that the (over-) criminalization of this behavior is unable to bring about the intended results and also violates the Chilean Constitution.

KEYWORDS: Femicide - Parricide - The Gabriela Law.

* Abogado. Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Adolfo Ibáñez. Legum Magister y doctor en Derecho, Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg. Profesor de derecho penal e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: pablocastillom@udd.cl

INTRODUCCIÓN

En los años 2005 y 2010 se modificó el artículo 390 del *Código Penal* expandiendo el catálogo de víctimas cuyo asesinato da lugar al marco penal más severo y se incluyó una modificación terminológica para aquellos casos en que la víctima fuese mujer. La reforma se basó en la percepción de una necesidad de reaccionar de forma más enérgica frente a supuestos en que una mujer era asesinada “por razón de su género”.

La evidente necesidad y legitimidad de la pretensión de proteger a las mujeres de toda forma de discriminación y victimización ha generado en la sociedad y en la comunidad jurídica una recepción eminentemente positiva y en la actualidad se advierten impulsos legislativos para expandir su alcance. Pese a esto, se estima necesario averiguar si acaso un tratamiento penal más riguroso es una vía legítima e idónea para abordar el problema.

En el primer apartado de este trabajo se examina el problema que presenta la expansión de una figura penal de dudosa legitimidad como el parricidio. Lo anterior, entronca, a su vez, con la dificultad de justificar el tratamiento diferenciado que contempla el *Código Penal* para el homicidio “simple” y “calificado”. A este respecto, el artículo plantea la pregunta por la justificación de figuras calificadas de homicidio doloso, ya que la vida como bien jurídico tiene particularidades que dificultan una diferenciación, especialmente desde la perspectiva de las funciones del derecho penal.

El segundo apartado expone brevemente el contexto latinoamericano que ha impulsado la expansión de nuestro art. 390, los fundamentos que se invocan para ello y las finalidades perseguidas por el legislador. Asimismo, se muestran los resultados derivados de más de una década de combate penal contra el femicidio.

Finalmente se expone un análisis crítico de nuestra legislación penal relativa al femicidio en términos de legitimidad y capacidad de rendimiento, sugiriendo el empleo de medidas alternativas no punitivas para abordar el problema.

1. APROXIMACIÓN CRÍTICA AL SISTEMA DIFERENCIADO DE PROTECCIÓN DE LA VIDA

Los artículos 390 y 391 del *Código Penal* distinguen, según las circunstancias concomitantes y la relación existente entre autor y víctima, tres supuestos en que el matar a otro dolosamente acarrea diferentes consecuencias penales¹.

¹ Queda fuera del análisis el art. 268 ter del CP que sanciona el homicidio de un fiscal o defensor público en razón de su función con presidio mayor en su grado máximo a presidio

La finalidad de dichos preceptos consiste en la protección de la vida humana independiente, bien jurídico de una importancia superlativa en nuestro ordenamiento². Desde una perspectiva jurídica contemporánea, este bien jurídico no es susceptible de juicio valorativo alguno, sean este cuantitativo o cualitativo, rechazándose de plano cualquier consideración tendiente a distinguir entre vidas más y menos dignas de protección³. En consecuencia, la vida del anciano es jurídicamente equivalente a la del joven; la del enfermo terminal a la del sano; la del extranjero a la del nacional; la de un hombre a la de la mujer. El ordenamiento jurídico dispensa a todo ser humano equivalente protección frente a ataques letales.

Quien dolosamente mata a otro, realiza el máximo injusto posible: la aniquilación de otra persona. Ahora bien, ¿cómo se explica que en un ordenamiento jurídico que protege la vida humana sin distinciones, distinga entre supuestos más y menos graves de homicidio doloso? En un derecho penal orientado exclusivamente a la protección de bienes jurídicos, la existencia de circunstancias calificantes del homicidio doloso obliga a preguntarse por la razón de un tratamiento diferenciado de conductas cuyo resultado es el mismo.

Para la persona común la respuesta debiese ser sencilla: según cómo y a quién se le dé muerte, la conducta homicida tendrá un significado e impacto social distinto, lo que explicaría la existencia de supuestos calificados de homicidio. Sin embargo, para el jurista esas explicaciones no constituyen justificación suficiente⁴: la reacción visceral que produzca un hecho no puede ser medida de la pena.

La justificación de un tratamiento diferenciado de los supuestos de homicidio solo puede encontrarse en la función del derecho penal. Ahora bien, si la función de la conminación penal radica, como se acepta por la doctrina mayoritaria⁵, en la protección de bienes jurídicos mediante su efecto preventivo general, cabe preguntarse qué justifica un tratamiento punitivo intensificado frente a conductas dolosas con idéntico resultado⁶.

perpetuo calificado. Hasta donde se alcanza a ver, la doctrina no ha reparado mayormente en la justificación de la norma. Véase CABALLERO (2011), p. 47, quien asume que existiría una afectación de la competencia funcional que haría necesario dotar a esos funcionarios de un mayor resguardo.

² JIMÉNEZ LARRAÍN y JIMÉNEZ LOOSLI (2014) p. 226; NOGUEIRA (2013), p. 445; UGARTE (2006), p. 117; VIVANCO (2006), p. 262.

³ MAYER (2012), p. 123 y s.; VIVANCO (2006), p. 266.

⁴ WILENMANN VON BERNATH (2016), p. 742.

⁵ Con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales véase KÜNSEMÜLLER (2018), p. 155 y ss.

⁶ WILENMANN VON BERNATH (2016), p. 739; KÖHNE (2007), p. 168.

Asumiendo por el momento que una mayor penalidad surte mayores efectos preventivo-generales, resulta sumamente discutible que el Estado pueda de manera legítima –sin que ello implique una desvaloración del bien jurídico– seleccionar categorías de personas (parricidio, femicidio, funcionarios públicos) o, bien, motivaciones (remuneración) o modalidades de comisión (alevosía, premeditación, envenenamiento, ensañamiento) que evidencien una necesidad de una mayor protección.

Por otra parte, desde una perspectiva preventivo-general positiva, el homicidio doloso cuestiona íntegramente la norma de conducta “no matar”, de modo que no resulta plausible afirmar que en ciertos casos o respecto de ciertas personas pueda existir un cuestionamiento mayor de la norma de conducta que requiera de una reacción penal más intensa.

En principio, el Estado debe otorgar igual protección a la vida humana sin distinciones. Un sistema escalonado de protección penal de la vida ignora que en todos los casos se trata exclusivamente de la protección de la vida⁷. En razón de esto es que se encuentran en el derecho comparado modelos⁸ y propuestas de reformas que prevén un tipo único de homicidio y un tipo privilegiado⁹.

1.1. Estructura del injusto del homicidio: desvalor de acción y desvalor de resultado

En los tipos penales, el injusto se construye primariamente sobre el desvalor de resultado, vale decir, el estado de cosas producido por la conducta humana que resulta peligroso o lesivo para un bien jurídico. Adicionalmente, el injusto se compone de un desvalor de acción, entendido como el factor subjetivo¹⁰. En este plano, se reconoce actualmente que el dolo es una característica esencial del injusto y, por lo tanto, un elemento de los tipos penales¹¹.

Así, el juicio de injusto varía, según si la producción del estado de cosas desvalorado por el derecho se lleva a cabo dolosa o imprudentemente. Nuestro *Código* reconoce esto en el art. 10 N° 13, estableciendo como regla

⁷ KÖHNE (2007), p. 168.

⁸ El art. 75 del *Código Penal* austriaco ordena el castigo de quien mate a otro con pena privativa de libertad de diez hasta veinte años o con presidio perpetuo. El art. 76 prevé una hipótesis privilegiada (cinco a diez años) para casos en que el homicidio tiene lugar en el contexto de un arrebato.

⁹ MITSCH (2019), § 1 n.m. 2 estima que el § 211 del *Código Penal* alemán (homicidio calificado) es inconstitucional y debiese ser eliminado, existiendo un solo tipo de homicidio con posibilidad de privilegio. Similar propuesta en DUTTGE (2016), p. 100.

¹⁰ JAKOBS (1997), p. 204.

¹¹ ROXIN (1997), § 10 n.m. 89.

general que solo es punible la realización dolosa del tipo. En los casos excepcionales en que se castiga la realización imprudente del tipo, el derecho dispensa un tratamiento considerablemente más benigno, en consideración a que el injusto realizado es distinto (menor).

En el homicidio, el desvalor de resultado se caracteriza por la aniquilación de la vida de un ser humano. Esta circunstancia no resulta graduable, ya que el injusto del homicidio es binario y absoluto: o, bien, concurre o no (la víctima muere o no) y si concurre, no es susceptible de graduación alguna¹². No se puede matar más a uno que a otro, ni puede afirmarse que existan vidas valorativamente diferentes, cuya destrucción permita afirmar un mayor injusto. Además del desvalor de resultado, el *Código* atiende al desvalor de acción para distinguir entre homicidio imprudente (art. 490 y ss.) y el homicidio doloso (art. 390 y ss.).

En cuanto al homicidio doloso, el *Código* subdistingue diversas formas cuyo injusto sería distinto, las cuales conforme a la doctrina mayoritaria se encontrarían en una relación de tipo base (art. 391 N° 2 del CP) y tipos calificados (art. 391 N° 1 y art. 390 del CP), de modo que es necesario analizar la relación sistemática y la legitimidad de la distinción, ya que –como se adelantó previamente– la asunción de supuestos calificados de un homicidio que se ha cometido dolosamente plantea la pregunta por su justificación.

1.2. Sistemática interna del art. 391 del CP

El artículo 391 N° 1 del CP prevé una constelación de casos en los cuales matar a otro conlleva una pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, mientras que el n.º 2 ordena la pena de presidio mayor en su grado medio “en cualquier otro caso”. Tradicionalmente se ha entendido de forma prácticamente unánime que el art. 391 N° 1 del CP contempla supuestos de homicidio calificado por ciertas circunstancias concomitantes, mientras que el matar a otro sin que concurren las circunstancias calificantes descritas en el art. 391 N° 1 constituiría la hipótesis de homicidio “simple”¹³.

Tanto el art. 391 del CP como su interpretación son herencia directa del derecho español, el cual incorporó circunstancias adicionales y heterogéneas a un modelo tradicional que solo distinguía entre homicidio premeditado y no premeditado¹⁴. Originalmente, el concepto de premeditación servía como criterio exclusivo para distinguir ciertos casos en que el homicidio doloso merecía una pena menor: el homicidio doloso no premeditado, vale

¹² DUTTGE (2016), p. 94; HAUCK (2016), p. 232.

¹³ Véase WILENMANN VON BERNATH (2016), p. 724 s.

¹⁴ HAUCK (2016), p. 23; WILENMANN VON BERNATH (2016), p. 742 ss.

decir, explicable por la presencia de un elemento subjetivo distinto del dolo (arrebato) que excluye la reflexión (premeditación) y, por lo tanto, disminuye la culpabilidad, recibía un tratamiento penal privilegiado¹⁵.

La introducción de circunstancias calificantes obedece, en parte, a razones que podrían catalogarse como ético-políticas, pues un modelo de circunstancias calificantes permite canalizar y expresar las distintas sensibilidades sociales frente a determinadas constelaciones de homicidio¹⁶, sin mayor costo político, ya que, desde la derogación de la pena de muerte, la sociedad no ve mayores problemas en endurecer el tratamiento penal en casos de homicidio¹⁷.

La comprensión del art. 391 del *CP* como sistema de tratamiento diferenciado del homicidio simple y calificado presenta dos grandes problemas. En primer lugar, parte de la premisa de que el injusto del homicidio es de alguna forma graduable “hacia arriba”, de forma tal que existiría un supuesto más grave que el homicidio doloso de una persona¹⁸. En segundo lugar, la distinción entre homicidio simple y calificado despoja de contenido al concepto de premeditación, ya que si se considera que el homicidio simple se enmarca en el art. 391 N° 2 del *CP*, entonces la premeditación mencionada en el art. 391 N° 1 del *CP* debiese referirse a un “plus” cuya concurrencia justifique la calificación. Pero la premeditación no constituye un “plus” de injusto del homicidio, sino que representa una característica esencial del injusto pleno del homicidio¹⁹.

Lo correcto sería entender, como sugiere Wilenmann, que el *Código Penal* no contiene una valoración diferenciada del homicidio en tanto privación del derecho a la vida, sino que contempla un tratamiento privilegiado para quien mata a otro producto de un arrebato²⁰. En consecuencia, todo homicidio doloso debe considerarse punible conforme al art. 391 N° 1 del *CP*, a menos que no concurra, al menos, premeditación en cuyo caso procedería aplicar la figura privilegiada del art. 391 N° 2 del *CP*.

Esta interpretación se condice con el hecho de que el desvalor de la conducta homicida dolosa no puede ser incrementado por circunstancias concomitantes al hecho²¹. La consideración de motivaciones del autor no

¹⁵ ESER (1980), D. 23.

¹⁶ WILENMANN VON BERNATH (2016), p. 750.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 752.

¹⁸ ESER (1980), D. 37.

¹⁹ *Op. cit.*, D. 155.

²⁰ WILENMANN VON BERNATH (2016), p. 754 ss.

²¹ Con amplias referencias HAUCK (2016), p. 234; HÖHNE (2014); GRÜNEWALD (2016), p. 13; DUTTGE (2016), p. 96.

puede incrementar ni el injusto ni la culpabilidad, sino que pertenecen exclusivamente al dominio de la ética²².

1.3. *Vínculo autor y víctima como circunstancia calificante* (art. 390 del CP)

El art. 390 del CP se basó en la regulación prevista en el *Código Penal* español de 1848 que consagraba la figura del parricidio. La comisión redactora consideró que el fundamento de un castigo más intenso –originalmente pena de muerte²³– radica en “un atentado... contra los vínculos que la naturaleza ha creado...”²⁴.

En doctrina, la fundamentación de la norma es, en el mejor de los casos, emocional²⁵. Algunos autores²⁶ y la jurisprudencia²⁷ afirman una mayor reprochabilidad social de la conducta en atención a los vínculos sanguíneos o matrimoniales, o intentan afirmar un mayor injusto en razón de la infracción de deberes del ámbito del derecho de familia²⁸.

Esta figura (y la agravante de parentesco del art. 13 del CP)²⁹ ha sido constantemente objeto de críticas, ya que no se ven razones claras para reaccionar con mayor pena frente el homicidio de un pariente³⁰. Esto ha llevado a que la figura haya desaparecido de numerosas legislaciones³¹.

A este respecto, resulta pertinente la decisión de la Corte Suprema de Japón respecto a la constitucionalidad del delito de parricidio contenido en el artículo 200 del *Código Penal*, que preveía una sanción más grave para quien matara a un ascendiente. La Corte Suprema consideró que un trato diferenciado basado en el estatus familiar de la persona afectaba la garantía

²² GRÜNEWALD (2010), p. 191; ESER (1980), D. 38.

²³ La ley N° 17.266 amplió el marco penal, agregando el presidio mayor en su grado máximo. Ley N° 19.734 sustituyó la pena de muerte por la de presidio perpetuo calificado.

²⁴ Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno. Sesión N° 78, 1 de mayo de 1872.

²⁵ GONZÁLEZ (2015), p. 195. Atribuye a la fundamentación de la figura un trasfondo mágico-religioso.

²⁶ BALMACEDA (2014), p. 41; GARRIDO (2007), p. 70; LABATUT (1983), p. 164.

²⁷ ETCHEBERRY (2002), p. 327.

²⁸ GONZÁLEZ (2015), p. 218.

²⁹ Para la Comisión Redactora se trataba de una situación general análoga a la del parricidio. Véase *Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno*. Sesión 122 en 26 de marzo de 1873. Crítico al respecto GONZÁLEZ (2015), p. 195. En general, la doctrina nacional no problematiza el fundamento de la agravante. Véase MERA (2011), p. 362 y ss.

³⁰ BULLEMORE (2011), p. 469; CORNEJO (2003), p. 259; ETCHEBERRY (1999), p. 67; MATUS y RAMÍREZ (2014), p. 62; POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS (1971), p. 106.

³¹ GONZÁLEZ (2015), p. 196.

de igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución, según el cual

“Todas las personas son iguales bajo la ley y no podrá existir discriminación en relaciones políticas, económicas o sociales en razón de raza, credo, sexo, estatus social u origen familiar”.

Sin embargo, la Corte consideró que dicha afectación se encontraba justificada, ya que el parricidio constituiría una violación más seria de la moralidad social que el homicidio y el respeto de los ascendientes era una de las más fundamentales normas sociales, siendo el parricidio repugnante para el principio básico de la *ética humana*. Con todo, la Corte afirmó la inconstitucionalidad del precepto, pues estimó que la pena prevista para el parricidio era desproporcionada en relación con la finalidad legislativa perseguida (preservar el afecto espontáneo, la ética universal y moralidad básica), estimando que la pena prevista en el artículo 199 para el homicidio simple es suficiente³².

El voto disidente de cinco jueces –que encontró acogida en la literatura jurídica mayoritaria³³– estimó que el precepto vulneraba la garantía de igualdad ante la ley, rechazando la justificación de la decisión mayoritaria, ya que constituía un resabio de la sociedad feudal³⁴.

Igual razonamiento es aplicable al art. 390 de nuestro *Código Penal*. Una mayor “reprochabilidad social” de la conducta no puede justificar de cara al autor una sanción diferenciada sin vulnerar la prohibición de establecer diferencias arbitrarias contenida en el art. 19 N° 2 de la CPR. En un sistema basado en la igualdad ante la ley, la mera percepción social a nivel de significado de la conducta, no puede servir de fundamento para trazar diferencias penales.

Tampoco puede considerarse la infracción de deberes de cuidado proveniente de otras áreas del derecho como incremento de injusto de la conducta de homicidio. Quien mata a otro mediante una conducta activa infringe directa y exclusivamente la norma de conducta subyacente al tipo de homicidio, haciéndose acreedor de la sanción ahí prevista.

El garante que mata activamente al garantido, no realiza un mayor injusto, puesto que no tiene lugar considerar siquiera la existencia de una posición de garante, ya que ella no abarca los peligros para el bien jurídico garantido que puedan provenir de la propia esfera del garante (esos están cubiertos por la norma de conducta prohibitiva), de modo que su invoca-

³² QU (2001).

³³ INOUE (2000), p. 497.

³⁴ Véase INOUE (2000), p. 497 y QU (2001).

ción es impertinente en dichos supuestos. La posición de garante solo obliga a evitar la concreción de peligros provenientes de esferas ajenas³⁵. No puede simultáneamente reprocharse a la misma persona la producción del resultado y su no evitación.

1.4. Resumen

En este apartado se ha argumentado que la protección de la vida humana independiente no admite diferenciaciones. En consecuencia, se adhiere a la propuesta de Wilenmann, que entiende que el tipo básico de homicidio doloso se encuentra en el artículo 391 N° 1 y considera que el art. 391 N° 2 contiene una hipótesis privilegiada de homicidio cuando este se realiza sin premeditación. Asimismo, se ha criticado la existencia del parricidio como hipótesis calificada de homicidio doloso, ya que sobrecarga el tipo con consideraciones éticas, no existiendo en realidad un fundamento jurídicamente aceptable que justifique una reacción penal más severa en razón de un vínculo familiar específico.

Lo anterior no prejuzga necesariamente el análisis de legitimidad del tratamiento diferenciado de los supuestos de femicidio, sin embargo, enfatiza que una distinción en materia de homicidio supone un estándar elevado de fundamentación en atención a la particular naturaleza y estructura del bien jurídico protegido.

A continuación, corresponde explorar si acaso existe un fundamento jurídicamente aceptable que sea capaz de justificar la distinción penológica respecto de los sujetos incorporados a partir de la reforma del año 2005.

2. FEMICIDIO EN CHILE

2.1. *Independización del femicidio como forma especial de asesinato en Latinoamérica*

El concepto de femicidio se acuña en la década de 1970 por Diane Russel en el marco del Tribunal Internacional sobre Crímenes contra Mujeres en Bruselas³⁶ con el objetivo de singularizar el asesinato misógino de mujeres por parte de un hombre motivado por odio, desprecio, placer o un sentimiento de propiedad sobre las mujeres como el desenlace de un proceso continuo

³⁵ DUTTGE (2016), p. 97.

³⁶ GRZYB, NAUDI & MARCUELLO-SERVÓS (2018), p. 17.

de violencia caracterizado por una expresión del deseo masculino de poder, dominación y control en el contexto de una sociedad patriarcal³⁷.

El término fue adoptado en Latinoamérica durante la década de 1990 a propósito de la situación que se encontraba viviendo Ciudad de Juárez, donde cientos de mujeres fueron encontradas muertas con signos de violencia sexual, poniendo el énfasis en la indiferencia del Estado respecto a la matanza masiva de mujeres³⁸. El año 2007 Costa Rica fue el primer país en introducir la figura del femicidio con la Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres³⁹, lo que dio inicio a un proceso que hasta hoy ha generado legislación penal específica en dieciocho países de Latinoamérica⁴⁰.

2.2. Explicación del fenómeno: Perspectiva de género y perspectiva ecológica

En la literatura científica se encuentran básicamente dos modelos que intentan explicar el contexto y las causas del femicidio.

Por una parte, se encuentra la perspectiva (exclusiva) de género que se ve el femicidio como la consecuencia más extrema de la estructura patriarcal de la sociedad a la que subyacen visiones opresoras de las mujeres⁴¹. En sociedades con una visión predominantemente masculina existe una distribución de poder inequitativa entre hombres y mujeres, siendo la violencia la herramienta de control empleada por los hombres⁴².

Por otra parte, se observa una tendencia mundial a una aproximación más amplia al fenómeno, la cual, si bien considera la perspectiva de género como factor relevante, a su vez expande considerablemente el espectro de análisis, pues entiende que el asesinato de mujeres por sus parejas constituye un fenómeno social complejo que solo se puede explicar considerando una amplia gama de factores⁴³. Una aproximación exclusiva desde la perspectiva de género no puede explicar las altas tasas de femicidios en sociedades que

³⁷ CORRADI, MARCUELLO-SERVÓS, BOIRA *et al.* (2016), p. 979; GRZYB, NAUDI & MARCUELLO-SERVÓS (2018), p. 20.

³⁸ GRZYB, NAUDI Y MARCUELLO-SERVÓS (2018), p. 20; SACCOMANO (2017), p. 54.

³⁹ Art. 21. Ley N° 8.589. "Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no".

⁴⁰ Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela. Véase MUNEVAR (2018), p. 57; UNODC (2019), p. 57 ss.

⁴¹ TAYLOR & JASINKI (2011), p. 342; SACCOMANO (2017), p. 56 s.

⁴² CORRADI, MARCUELLO-SERVÓS, BOIRA *et al.* (2016), p. 979 ss.

⁴³ *Op. cit.*, p. 983.

se han vuelto considerablemente más sensibles a los temas de género que hace décadas atrás. (Escandinavia, Alemania, Francia, Reino Unido)⁴⁴.

Esta aproximación al problema intenta identificar distintos factores presentes en distintos niveles de interacción que permitirían contribuir a su explicación. En consecuencia, se busca estudiar los elementos presentes en el ámbito individual, comunitario y social⁴⁵. Por ejemplo, el modelo estudia la organización psicológica de los femicidas y sus parejas, sus hábitos psicosociales, nivel de educación, abuso de sustancias, su entorno social inmediato, así como la configuración cultural de la sociedad concreta, su aceptación de normas de género tradicionales y la posición general de la mujer en la sociedad⁴⁶.

En la literatura especializada, existe un amplio consenso en que los femicidas no son un grupo homogéneo, sino que poseen diversas motivaciones, sin que pueda afirmarse que todos exhiben creencias patriarcales o rasgos violentos⁴⁷. También se ha observado una tasa de suicidio mucho más elevada en comparación con otros homicidas, siendo el femicidio/suicidio un fenómeno casi exclusivamente ligado a los homicidios de pareja⁴⁸. La evidencia sugiere que los hombres que asesinan a su pareja, se encuentran más ligados a la corriente suicida que a la homicida⁴⁹.

Además, las investigaciones enfatizan una alta correlación entre femicidio y enfermedades mentales, así como la gran preponderancia de motivos de celos o abandono, en razón de las particularidades de las dinámicas de parejas, donde existe una proximidad e interacción personal mayor y más densa, de modo que los sentimientos como el amor y el odio pueden adquirir momentos de particular intensidad⁵⁰.

2.3. Reformas al artículo 390 del Código Penal

El año 2005, con la dictación de la ley N° 20066 sobre violencia intrafamiliar, se introdujo –sin discusión alguna y por razones exclusivamente sistemáticas– al conviviente en el listado de víctimas mencionadas en el art. 390 del CP. Dado que la iniciativa sobre violencia intrafamiliar agravaba las lesiones cometidas contra ciertos parientes y contra el conviviente, la modificación

⁴⁴ LÓPEZ-OSSORIO, CARBAJOSA, CEREZO-DOMÍNGUEZ *et al.* (2018), p. 96.

⁴⁵ SACCOMANO (2017), p. 60.

⁴⁶ LÓPEZ-OSSORIO, CARBAJOSA, CEREZO-DOMÍNGUEZ *et al.* (2018), p. 97 ss.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ CORRADI, MARCUELLO-SERVÓS, BOIRA *et al.* (2016), p. 985.

del art. 390 buscó guardar la coherencia del *Código Penal* en materia de lesiones y homicidio, aplicando “la misma lógica seguida en el proyecto”⁵¹, la cual consistía en “expresar un mayor reproche” en razón “vínculos amparados por este proyecto de ley”⁵².

El año 2010 la ley N° 20.480 agregó al listado del art. 390 del CP a los cónyuges y convivientes pretéritos e introdujo el *nomen juris* “femicidio”. La reforma apuntaba a

“...aumentar el castigo efectivo impuesto a las personas que cometen delitos en contra de mujeres en contextos de violencia intrafamiliar”⁵³

e incorporar la figura de femicidio para sancionar “el asesinato de una mujer en razón de su género”⁵⁴ y con ello generar un efecto simbólico y disuasivo sobre la premisa de que “las penas privativas de libertad por largos tiempos serían penas ejemplificadoras y tendrían como objetivo detener las muertes de las mujeres”⁵⁵.

Durante la tramitación del proyecto se presentó la “razón de género” tanto como explicación del fenómeno del femicidio como fundamento de la medida, afirmándose que el femicidio encontraría “...su origen en una distribución desigual del poder entre mujeres y hombres, naturalizada y legitimada por siglos de cultura patriarcal...”⁵⁶, caracterizándose como un acto “...motivado por el odio o de dar muerte a las mujeres por el sólo hecho de serlo”⁵⁷.

Estas reformas han sido recibidas de manera positiva por la doctrina. Las críticas se dirigen fundamentalmente a la estrechez del precepto, sugiriéndose la creación de una norma autónoma y más amplia que prescindiera de la figura de parricidio y contemple el asesinato de toda mujer por el hecho de ser tal⁵⁸.

En cuanto al fundamento de la calificación, algunos autores han visto un elemento común con el delito de parricidio, ya que en ambos casos se afectarían vínculos generadores de confianza y afecto provenientes de la convivencia y los deberes que de ellos surgen⁵⁹. Conjuntamente concurriría una

⁵¹ *Historia de la Ley*, N° 20.066, p. 335.

⁵² *Op. cit.*, p. 212.

⁵³ *Historia de la Ley*, N° 20.480, p. 318.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 76.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 72.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 76.

⁵⁸ CORN (2015), p. 200; SANTIBÁÑEZ y VARGAS (2011), p. 205.

⁵⁹ CORN (2015), p. 197; MATUS y RAMÍREZ (2019), p. 55.

“manifestación de una concepción patriarcal de la vida que se quiere extirpar de nuestra cultura, según la cual ellas pueden ser tomadas como objeto de los deseos y pasiones de los varones, incluyendo los de carácter sexual, la ira y el odio expresados físicamente”.

El injusto sería, la “reprobada (jurídicamente) manifestación de los rasgos patriarcales atávicos de nuestra cultura”⁶⁰.

2.4. *Ley Gabriela (Boletín N° 11970-34)*

El año 2018, los casos de Gabriela Alcaíno⁶¹ y Margarita Ancacoy Huircán⁶² motivaron la presentación del proyecto de ley “Gabriela” para subsanar la insuficiencia de la regulación actual y ampliar la figura a supuestos no previstos por el actual artículo 390 del *Código Penal*, dando cumplimiento al deber estatal de “...crear mecanismos idóneos para prevenir actos de violencia contra la mujer...”⁶³, posibilitando que “las responsabilidades criminales del asesinato de mujeres por razones de género sean debidamente atribuidas”⁶⁴,

La iniciativa aborda el problema decididamente desde una perspectiva de género, concibiendo el femicidio como el asesinato de una mujer “basado en razones de odio y/o desprecio al género femenino”⁶⁵, caracterizado por un “sustrato sexista o misógino”⁶⁶.

⁶⁰ MATUS y RAMÍREZ, p. 56; Similar CORN (2015), p. 213.

⁶¹ Fabián Cáceres Aravena (18), expololo de Gabriela Alcaíno Donoso (17) la asesinó junto a su madre, Carolina Donoso Campos (53), al interior de su vivienda en Maipú y confesó el crimen. El hombre llegó a la casa de las víctimas y saltó la reja para ingresar. Al encontrarse de frente con Carolina Donoso Campos, le propinó 31 puñaladas con un cuchillo en el tórax y abdomen, para luego cometer el mismo accionar en contra de Gabriela Alcaíno Donoso, quien había bajado del segundo piso tras escuchar ruidos. La PDI dijo que las motivaciones del agresor para cometer el asesinato se debieron a que “no pudo soportar el quiebre amoroso” con la joven. Véase www.24horas.cl/nacional/crimen-de-madre-e-hija-en-maipu-ex-pololo-de-joven-confiesa-y-da-detalles-del-crimen-2738738 [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].

⁶² A Margarita Ancacoy Huircán la asesinaron a palos cinco jóvenes para robarle cinco mil pesos y un celular. Todo ocurrió alrededor de las 5:20 del lunes 18 de junio, cuando le faltaban pocos metros para llegar a su trabajo. Todo ocurrió a eso de las 05:15 de la madrugada de este lunes, cuando la mujer fue interceptada por los sujetos en el centro de Santiago, quienes la amenazaron para quitarle sus pertenencias. No obstante lo anterior, ante la resistencia puesta por la mujer, estos la golpearon con un palo en la cabeza, provocándole la muerte. <https://ciperchile.cl/2018/07/10/mujeres-invisibles-el-submundo-del-aseo-que-revelo-la-muerte-de-margarita-ancacoy/> [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].

⁶³ *Boletín N° 11970-34*, p. 2.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 4.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 3.

Concretamente, el proyecto persigue independizar y ampliar de forma considerable la figura de femicidio, incorporando la “razón de género”⁶⁷, además de impedir la aplicación de ciertas atenuantes⁶⁸.

2.5. Examen de la experiencia nacional y comparada

El año 2017 se llevó a cabo un estudio en Latinoamérica con la finalidad de determinar la incidencia de una serie de variables en las tasas de femicidio. Para ello, se analizó la información producida durante una década (2004-2014) en: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Puerto Rico y Venezuela.

El resultado de la investigación muestra claramente que las tasas de femicidio son insensibles a las reformas legislativas, siendo irrelevante la incorporación de una figura autónoma de femicidio e incluso la amenaza de cadena perpetua⁶⁹. El caso más ilustrativo es el de Guatemala, donde, pese a una modificación legal similar a la que se plantea en el proyecto de ley “Gabriela”, las cifras han aumentado extraordinariamente⁷⁰.

A mayor abundamiento, todos los estudios realizados en nuestro país demuestran que las cifras se han mantenido estables desde la modificación del artículo 390 del *Código Penal*⁷¹.

⁶⁷ La redacción original hacía referencia a un “motivo de odio, menosprecio, o abuso por causa de género”. *Boletín* N° 11970-34, p. 7. Actualmente, la última redacción aprobada por la comisión de la mujer comprende dos hipótesis calificantes. La primera se refiere a la relación entre autor y víctima (“Artículo 390 bis “... es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común). La segunda consagra la razón de género (“Artículo 390 ter “... por razón de su género) En su inciso segundo, la norma enumera una serie de circunstancias que evidenciarían su concurrencia. (Estado de embarazo de la víctima, negativa a entablar una relación sentimental o sexual, violencia sexual previa, haber ejercido la víctima algún oficio sexual, relación desigual de poder o cualquier forma de discriminación).

⁶⁸ Inicialmente, el proyecto excluía la posibilidad de invocar la atenuante de irreprochable conducta anterior (art. 11 N° 6 del CP) y la de haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación (art. 11 N° 5 del CP) cuando haya precedido cualquier incidente de violencia cometido por el autor contra la víctima, sus ascendientes o descendientes. *Boletín* N° 11970-34, p. 9. El texto aprobado por la comisión especial de la mujer solo contempla la inaplicabilidad del art. 11 N° 5 del CP.

⁶⁹ SACCOMANO (2017), p. 70. Véase también CORRADI, MARCUELLO-SERVÓS, BOIRA *et al.*, p. 985.

⁷⁰ Según el informe “Mujer Guatemala” 2008-2016, desde la entrada en vigencia de la norma sobre femicidio las tasas han aumentado. 2008: 537, 2009: 610, 2010: 842, 2011: 710, 2012: 708, 2013: 752, 2014: 759, 2015: 766, 2016: 739.

⁷¹ Véase CASTILLO (2018), p. 13. MORAGA y PINTO (2018), p. 471 ss.; ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES DE CHILE (AMUCH) (2019), p. 8. (2014: 40 / 2015: 46 / 2016: 34 / 2017: 43 /

Esto no debiese sorprender, ya que –conforme a la ciencia criminológica– es prácticamente un hecho que aumentar la intensidad de las penas no produce una disminución en la criminalidad⁷². En especial si se considera la clase de delito de que se trata, donde el autor difícilmente pondera las consecuencias de su conducta⁷³.

2.6. *Análisis de la legislación actual y el proyecto de ley Gabriela*

2.6.1. Inconstitucionalidad de la calificación incondicional del asesinato en razón de un vínculo especial contenida en el art. 390 del *Código Penal*

El actual art. 390 del *CP* que prevé la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado para quien mate a ciertos parientes o al actual o pretérito cónyuge o conviviente presenta serias dudas en cuanto a su constitucionalidad.

La modificación del año 2005 que incluyó al conviviente comparte el fundamento original de la norma de forma tal que se ve enfrentado a las mismas objeciones. La mera circunstancia de tratarse de alguien con quien se tiene un vínculo legalmente reconocido no puede justificar un tratamiento penal diferenciado.

Distinta es la situación de la reforma del año 2010 que se fundamenta en la motivación misógina del autor. En este caso, el fundamento es atendible y podría justificar un tratamiento diferenciado. De existir una práctica extendida que exhibiera una discriminación generalizada en cuanto al valor de la vida de las mujeres, el legislador podría implementar un tratamiento más gravoso para el femicidio con la finalidad de reforzar la vigencia de la norma de conducta respecto de las mujeres y estabilizar dicha expectativa.

Sin embargo, en Chile –a diferencia de otros países como México y Guatemala– no puede afirmarse una práctica generalizada que ponga de manifiesto la existencia de una discriminación en el ámbito de valorización de la vida de las mujeres. Los estudios muestran que Chile tiene una tasa

2018: 41). Femicidios frustrados (p. 18). (2014: 103 / 2015: 112 / 2016: 129 / 2017: 115 / 2018: 121); Informe de la Red Chilena contra la Violencia hacia las mujeres (2010: 65 / 2011: 48 / 2012: 45 / 2013: 56 / 2014: 59 / 2015: 59 / 2016: 54 / 2017: 66 / 2018: 58); Informe SERNAM (2008: 59 / 2009: 55 / 2010: 49 / 2011: 40 / 2012: 34 / 2013: 40 / 2014: 40 / 2015: 45 / 2016: 34 / 2017: 44 / 2018: 42 / 2019: 36).

⁷² FEIJOO (2007), p. 152. Nota al pie 81; MEIER (2015), p. 28; DÖLLING, ENTORF, HERMANN *et al.* (2006), p. 206 s.

⁷³ GONZÁLEZ (2015), p. 226.

de femicidio cuantiosamente menor que el resto de los países latinoamericanos⁷⁴.

Esto no significa deslegitimar el mérito de la perspectiva de género ni desmentir la existencia de una práctica discriminatoria social generalizada de las mujeres, sino solamente descartar la afirmación de que en nuestra sociedad exista una valoración diferenciada de la vida de la mujer que justifique una reacción penal más intensa en todo caso.

El problema que presenta la perspectiva de género como base para la toma de decisiones político-criminales es que se concentra excesivamente y absolutiza un factor del femicidio que, en nuestra realidad local, es contingente. Intentar ver en todo asesinato de una mujer por parte de su expareja una motivación específica de género y agravar la pena en razón de ello no corresponde a la realidad del fenómeno.

El art. 390 no condiciona la calificación a la concurrencia de la razón de género, sino que simplemente asume que ella concurre en todos los casos en que el autor da muerte a un círculo especial de víctimas (cónyuge o conviviente, actual o pretérito). La norma vincula inexorablemente la motivación misógina con la circunstancia de ser pareja, desconociendo de forma abierta la posibilidad de que ello no sea así.

Si el fundamento de la calificación radica en que el autor da muerte a la víctima en razón de su género, dicha circunstancia debiese ser un elemento del tipo penal que deba probarse en juicio. La calificación por la sola verificación de un vínculo entre autor y víctima, presume la razón de género fundante de la calificación, contraviniendo manifiestamente la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal (art. 19 N° 3 VIII de la *CPR*), el principio de culpabilidad que exige la prueba de las circunstancias que fundamentan el injusto (art. 19 de la *CPR*) y el art. 19 N° 2 de la *CPR*, ya que no entrega un fundamento real que justifique un tratamiento diferenciado del autor.

2.6.2. Limitada operatividad jurídica de la razón de género como elemento típico

El proyecto de ley Gabriela junto con la ampliación del art. 390 pretende incorporar una norma que contempla la razón de género como elemento subjetivo adicional fundante de un tratamiento más gravoso para el femicida. Originalmente, el proyecto incluía en el tipo un “motivo de odio, menosprecio, o abuso por causa de género” y, en su estado actual, la normativa establece un tipo especial para quien “mate a una mujer por razón de su género”.

⁷⁴ Informe circuito intersectorial de femicidio (2018), p. 3 s.

Este diseño presenta severos problema desde la perspectiva del derecho penal actual, ya que la responsabilidad penal se caracteriza por referirse a conductas concretas y personales y los elementos subjetivos del tipo deben ser susceptibles de constatación empírica.

En consecuencia, en un derecho penal del hecho e individual, no se puede sancionar creencias o actitudes generales de la persona que no se manifiestan de forma directa en la conducta, ni mucho menos creencias o predisposiciones colectivas. Lo único que puede considerar el derecho penal son las motivaciones inmediatas conectadas al hecho concreto.

La inclusión de un elemento subjetivo adicional como la razón de género, sea cual sea su redacción (odio, menosprecio, rechazo, desvalorización, etc.) tropieza con un obstáculo insalvable: la necesidad de que dicho elemento se verifique para poder aplicar la norma. En consecuencia, en la mayoría de los casos que inspiran la iniciativa legal, no va a ser posible la aplicación de esta norma, puesto que no se puede constatar empíricamente que el hecho tenga relación con una razón de género, al menos no con el grado de precisión exigido por el derecho penal⁷⁵.

Concretamente, sería necesario demostrar no solo que el autor odiaba, menospreciaba, rechazaba o desvalorizaba a las mujeres, sino, también, que dicha creencia representó un papel determinante en la comisión del hecho. Pero en la gran mayoría de los casos de femicidio ocurridos en Chile lo único demostrable es la motivación inmediata –desamor, celos/lucro–, la cual puede o no encerrar una visión misógina o sexista. En resumen, en la mayoría de los casos que ocurren en Chile, no puede demostrarse *jurídicamente* que el hombre mata a la mujer “por el hecho de ser mujer”⁷⁶.

Los únicos casos que abarcaría la norma, serían aquellos en que se puede constatar una motivación misógina concreta que se manifiesta en el hecho. Por ejemplo, el caso de Elliott Rodger, un hombre estadounidense de veintidós años, quien en el año 2014 fue armado a una casa de mujeres en el campus de una universidad con la finalidad manifiesta de castigar al género femenino.

Establecer hipótesis objetivas que den cuenta de la razón de género tampoco soluciona el problema, pues no deja de configurar una presunción de la razón de género, que se traduciría, en la práctica, en una presunción de derecho de la responsabilidad penal contraria a la Constitución (art. 19 n.º 3 inc. 7º), toda vez que no sería posible para el imputado probar que no actuó motivado por el género de la víctima. Esto también infringiría el principio de culpabilidad, ya que relevaría al Ministerio Público de la necesidad de probar las circunstancias constitutivas de injusto.

⁷⁵ Véase TOLEDO (2009), p. 93; GONZÁLEZ (2015), p. 197.

⁷⁶ TOLEDO (2009), p. 25.

3. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

La particular clase y estructura del bien jurídico “vida” hace que no sea posible establecer diferencias en cuanto a su protección, a no ser de constatare una especial necesidad desde la perspectiva de la prevención general orientada a la protección de bienes jurídicos.

Ni las distinciones originales previstas en el artículo 390 del *Código Penal* ni las posteriormente introducidas cumplen con el estándar de fundamentación suficiente para justificar un tratamiento diferenciado del homicidio de personas vinculadas de manera legal al autor.

Cabe clarificar que la finalidad legislativa es indiscutiblemente legítima y que representa un deber estatal de adoptar medidas eficaces para evitar el asesinato de mujeres en Chile. No obstante, el derecho penal se ha mostrado como una herramienta manifiestamente inidónea para ello. Por lo demás, debe tenerse en cuenta el efecto perjudicial que puede tener el optar por la legislación penal como vía de solución, ya que encierra el peligro de dar por cumplida la tarea estatal en desmedro de otras políticas públicas más costosas, menos populares, pero efectivas⁷⁷.

El enfoque de género es una herramienta útil para entender el fenómeno desde una perspectiva de las ciencias sociales y fundamentar un deber estatal de intervenir preventivamente. Sin embargo, dado su alto grado de abstracción y la contingencia de la razón de género en los casos en que un hombre mata a una mujer, no es una perspectiva que pueda fundamentar un tratamiento penal diferenciado, sino se incluye de manera expresa en el tipo penal. Por su parte, la inclusión de la “razón de género” en el tipo conduce necesariamente a una norma que o se torna irrelevante en la práctica o, bien, presume de derecho la responsabilidad penal.

Tanto la configuración actual del art. 390 del *CP* como el proyecto de ley “Gabriela” vulneran la garantía de igualdad ante la ley y el principio de culpabilidad.

En consecuencia, resulta necesario explorar medidas alternativas, no punitivas, adoptando un modelo más amplio que apunte a identificar el universo de causas que explican el fenómeno y las medidas de prevención posibles.

Lo anterior se corresponde con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, que propone adoptar el modelo ecológico de estudio del femicidio que permita identificar factores de riesgo que puedan orientar medidas efectivas de prevención e intervención⁷⁸.

⁷⁷ CASTILLO (2018), p. 19; TOLEDO (2009), p. 149; MORAGA y PINTO (2018), p. 472.

⁷⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION/PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION, “Femicide: Understanding and addressing violence against women”, p. 5.

Por ejemplo, La Unión Europea creó en 2013 “Femicide across Europe” consistente en una red transnacional para el estudio y tratamiento del femicidio en Europa. Su finalidad es desarrollar un marco teórico interdisciplinario de análisis del fenómeno, así como recomendaciones y pautas para el diseño de políticas públicas y monitorear el femicidio mediante la creación del Observatorio Europeo de Femicidio⁷⁹. Igualmente, en Estados Unidos, Canadá, Suecia, Australia, Nueva Zelanda, Reino Unido se han creado equipos interdisciplinarios con el objetivo de identificar factores de riesgo específicos para implementar un sistema de prevención eficaz⁸⁰.

A diferencia de lo que ocurre en Latinoamérica, en ninguno de estos países se discute un recurso al derecho penal para abordar el problema.

BIBLIOGRAFÍA

- Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno*. Santiago, 1873.
- ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES DE CHILE (AMUCH) (2019): “Femicidios en las comunas de Chile.” Disponible en www.amuch.cl/wp-content/uploads/2019/10/ESTUDIO_FEMICIDIOS.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2014): *Manual de derecho penal. Parte especial* (Santiago, Librotecnia).
- BULLEMORE GALLARDO, Vivian (2011): *Derecho Penal. Tratado de jurisprudencia y doctrina*. Tomo I (Santiago, Legal Publishing).
- BUGEJA, L., M. DAWSON, S.-J MCINTYRE & C. WALSH (2015): “Domestic/Family Violence Death Reviews: An International Comparison”. *Trauma, Violence, & Abuse*, 16(2): pp. 179-187.
- CABALLERO BRUN, Felipe (2011), en COUSO y HERNÁNDEZ (dir.), *Código Penal Comentado*. Libro I (Santiago, Legal Publishing).
- CASTILLO ARA, Alejandra (2018): “Femizid: Nur ein lateinamerikanisches Phänomen?”. Franz von Liszt Institute working paper. Gießen: Franz von Liszt Institute for international and comparative law. Disponible en http://intlaw-giessen.de/fileadmin/user_upload/bilder_und_dokumente/forschung/Gender/ACA-Working-Paper-Gender-Castillo-Ara-final-online.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].
- CORN, Emanuele (2015): “Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile”, en *Revista de Derecho*, vol. XXVIII, N° 1: pp. 193-216.
- CORNEJO MANRÍQUEZ, Aníbal (2003): *Derecho Penal. Parte Especial*. (Santiago).

⁷⁹ WEIL (2018), p. 3.

⁸⁰ BUGEJA, DAWSON, MCINTYRE *et. al.* (2015), p. 179 ss.

- CORRADI, Consuelo, Chaime MARCUELLO-SERVÓS, Santiago BOIRA, Shalva WEIL (2016): "Theories of femicide and their significance for social research", in *Current Sociology*, vol. 64 (7): pp. 975-995.
- DÖLLING, Dieter, Horst ENTORF, Dieter HERMANN, Armando HÄRING, Thomas RUPP, Andreas WOLL (2006): "Zur Generalpräventiven Abschreckungswirkung des Strafrechts: Befunde einer Metaanalyse", *Soziale Probleme*, 17, 2: pp. 193-209.
- DUTTGE, Gunnar (2016): "Zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211 ff. StGB): Kritische Betrachtung von Reformbedarf und Reformvorschlägen", in *Kriminalpolitische Zeitschrift* 2: pp. 92-100.
- ESER, Albin (1980): *Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten D für den 53. Deutschen Juristentag*. (München, Beck).
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1999): *Derecho penal*. Tomo III, parte especial (3^a ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (2002): *El derecho penal en la jurisprudencia (sentencias 1875-1966)*. Tomo II, parte general y parte especial (2^a ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2007): *Retribución y Prevención General*.
- GARRIDO MONTT, Mario (2007): *Derecho Penal*. Tomo III, parte especial (3^a ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GONZÁLEZ LILLO, Diego (2015): "El delito de parricidio: consideraciones críticas sobre sus últimas reformas", en *Política Criminal*, vol. 10, N° 19: pp. 192-233.
- GRÜNEWALD, Anette (2016): *Reform der Tötungsdelikte: Plädoyer für ein Privilegierungskonzept* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- GRÜNEWALD, Anette (2010): *Das vorsätzliche Tötungsdelikt* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- GRZYB, Magdalena, Marceline NAUDI & Chaime MARCUELLO-SERVÓS (2018): "Femicide Definitions", in WEIL, CORRADI, NAUDI (eds.), *Femicide across Europe. Theory, research and prevention* (Bristol, Policy Press), pp. 17-32.
- HAUCK, Pierre (2016): "Fallstricke des Mordtatbestandes", im *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, Ausgabe 5/17. Jahrgang: pp. 230-239.
- Historia de la Ley N° 20480. Modifica el Código Penal y la ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el "Femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre Parricidio, en *Diario Oficial*, 18 de diciembre de 2010.
- HÖHNE, Michael (2014): "Die Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte. Warum ist sie bisher gescheitert und wie könnte sie aussehen?", in *Kritische Justiz*, vol. 47, N° 3: pp. 283-297.
- Informe Circuito Intersectorial de Femicidio (2018): Disponible en www.apoyovictimas.cl/media/2016/01/Informe-CIF-2018.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].

- Informe Mujer Guatemala 2008-2016. Disponible en www.albedrio.org/html/otrosdocs/comunicados/GAM-Mujer2008-2016.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].
- INOUE, Noriyuki (2000): "Der allgemeine Gleichheitssatz der japanischen Verfassung im Spiegel der Rechtsprechung und der Verfassungslehre" in Peter HÄBERLE (ed.), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* (Tübingen, Mohr Siebeck), vol. 48: pp. 489-510.
- JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando y Fernando JIMÉNEZ LOOSLI (2014): *Derecho Constitucional*, tomo I (Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción).
- JAKOBS, Günther (1997): *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (Madrid, Marcial Pons).
- KÖHNE, Michael (2007), "Mord und Totschlag - Notwendige Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte", in *Zeitschrift für Rechtspolitik* 40. Jahrg., H. 5: pp. 165-169.
- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos (2018): *El Derecho Penal Liberal. Los principios cardinales* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- LABATUT GLENA, Gustavo (1983): *Derecho penal*. Tomo II, parte especial (7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LÓPEZ-OSSORIO, Juan José, Pablo CARBAJOSA, Ana Isabel CEREZO-DOMÍNGUEZ *et al.* (2018): "Taxonomía de los Homicidios de Mujeres en las Relaciones de Pareja", en *Psychosocial Intervention*, 27 (2): pp. 95-104.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y María Cecilia RAMÍREZ GUZMÁN (2014): *Lecciones de derecho penal chileno*. Parte especial, tomo I (3ª ed., Santiago, Thomson Reuters).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y María Cecilia RAMÍREZ GUZMÁN (2019): *Manual de derecho penal chileno*, parte especial (3ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch).
- MAYER LUX, Laura (2012): "El delito de infanticidio: Un caso de inconstitucionalidad de la ley penal", en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 8: pp. 119-143.
- MEIER, Bernd-Dieter (2015), *Strafrechtliche Sanktionen* (Heidelberg, Springer).
- MERA FIGUEROA, Jorge (2011): Héxtor HERNÁNDEZ y Jaime COUSO (eds.), *Código Penal Comentado*. Libro I (Santiago, Legal Publishing).
- MITSCH, Wolfgang (2019), in HILGENDORF, KUDLICH & VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, Band 4: Strafrecht Besonderer Teil I (Heidelberg, C.F. Müller).
- MORAGA CONTRERAS, Claudia y Cristián PINTO CORTÉZ (2018): "El miope tratamiento legal del femicidio en Chile. Un análisis a la luz de la perspectiva de género, Interciencia", en *Revista de ciencia y tecnología de América*, vol. 43, N° 7, 2018: pp. 468-474.
- MUNEVAR MUNEVAR, Dora Inés (2018): "Delitos de femicidio y feminicidio en países de América Latina", en *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 5, N° 1, jan./abr.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2013): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I: Dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad (4ª ed., Santiago, Librotecnia).

- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, FRANCISCO GRISOLÍA CORBATÓN y Juan José BUSTOS RAMÍREZ (1971): *Derecho penal chileno. Parte Especial. Delitos contra el individuo es sus condiciones físicas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- QU, Charles (2001): "Parricide, Equality and Proportionality: Japanese Courts' Attitudes Towards the Equality Principle as Reflected in *Aizawa v Japan*", in *Murdoch University Electronic Journal of Law*. Disponible en www.austlii.edu.au/au/journals/MdUeJLaw/2001/13.html [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].
- Red Chilena contra la Violencia hacia las mujeres. Disponible en www.nomasviolenciacontramujeres.cl/femicidio-ano-2015/ [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho penal. Parte general*, tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Madrid, Civitas).
- TAYLOR, Rae & Jana JASINKI (2011): "Femicide and the Feminist Perspective", in *Homicide Studies* 15(4): pp. 341-362.
- TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí (2009): *Feminicidio*.
- SACCOMANO, Celeste (2017): "El feminicidio en América Latina: ¿vacío legal o déficit del Estado de derecho?", en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, N° 117, pp. 51-78.
- SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena y Tatiana VARGAS PINTO (2011): "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 1: pp. 193- 207
- Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género. Disponible en www.sernameg.gob.cl/?page_id=27084 [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].
- UGARTE GODOY, José Joaquín (2006): *El Derecho de la vida: El Derecho a la vida, bioética y Derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime) (2019): "Global Study on Homicide. Booklet 5: Gender-related killing of women and girls". Disponible en www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet_5.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional* tomo II: Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980 (2ª ed., Santiago, Ediciones UC).
- WEIL, Shalva (2018): en WEIL, CORRADI, NAUDI (eds.), *Femicide across Europe. Theory, research and prevention* (Bristol, Policy Press), pp. 1-16.
- WILENMANN VON BERNATH, Javier (2016): "El sistema de graduación de la pena del homicidio en el derecho chileno", en *Política Criminal*, vol. 11, N° 22: pp. 721-765.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION/PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION, "Femicide: Understanding and addressing violence against women".

MUJERES EN LOS DIRECTORIOS DE EMPRESAS

WOMEN IN THE BUSINESS DIRECTORIES

*Matias Pascuali**

Resumen: Este artículo tiene por finalidad analizar la diversidad de género al interior de los directorios de empresas cotizadas, su necesidad y la forma en que se pueden establecer políticas que lo promuevan al interior de estas compañías. Luego haremos un estudio comparado de la situación de las mujeres en los directorios en distintos países y analizando dichas situaciones.

PALABRAS CLAVE: Gobiernos corporativos - Directorio - Mujeres - Cuotas de género - Comply or explain.

ABSTRACT: This article aims to analyse gender diversity within the directories of listed companies, their need and the way in which policies should be established, in a way that promote those measures within these companies. Then we will make a comparative study of the situation of women in the directories in different countries and analysing these situations.

KEYWORDS: Corporate governments - Directories - Women - Gender quotas - Comply or explain.

INTRODUCCIÓN

Clara Abott fue la primera directora de una empresa en Estados Unidos, fue nombrada directora de la empresa Abott Laboratories el año 1900, de la cual su marido Wallace Abott era el fundador y accionista mayoritario¹.

* Profesor investigador de la Facultad desde 2018. Licenciado en ciencias jurídicas, Universidad Adolfo Ibáñez. LLM in International Trade and Commercial Law, Oxford Brookes University y Master in Arts in Taxation, King's College University of London. Correo electrónico: mpascuali@udd.cl

¹ LARKER & TAYAN (2013), p. 2.

Lettie Pate Whitehead fue una de las primeras directoras de una gran compañía (*Fortune* 250) ella fue nombrada directora de Coca Cola Company en 1934².

Estos dos casos son hitos en la historia de las mujeres como directoras de empresas en Estado Unidos.

Hoy existe un interés generalizado en aumentar la representación de las mujeres en los directorios de empresas que transan en bolsa, sin embargo, en el ámbito mundial, en 2017 cerca de un tercio (31,5%) de las empresas contenidas en el índice MSCI ACWI³ tenían al menos una mujer en su directorio, esto representó un aumento respecto de la cifra del año 2016 donde estas empresas llegaban a un 27,4%.

En Estados Unidos a 2018, de todos los directores de empresas dentro del listado de las cien empresas más grandes de la revista *Fortune*, un 25,7% eran mujeres⁴.

La situación pareciera ser un poco distinta al revisar los datos de directoras en las cien más grandes empresas del FTSE de Londres, donde si tomamos las cifras gruesas un 32,1% de los directores son mujeres, sin embargo, si vemos los números un poco más en profundidad apreciamos que la situación es muy distinta si analizamos los números desde la perspectiva de tipos de directores, así si vemos los porcentajes de participación femenina en los directorios, diferenciándolos entre en *executive* y *non executive directors*⁵, en este último grupo vemos que apenas un 10,9% de los *executive directors* son mujeres.

Los defensores de la diversidad de género señalan los muchos beneficios potenciales del aumento de la representación femenina, el equilibrio de género puede mejorar la independencia del directorio al alentar debate saludable entre diversas perspectivas y reducción de las similitudes sociales entre homogéneos grupos que pueden conducir al pensamiento grupal y prematuro consenso.

² LARKER & TAYAN (2013), p. 2.

³ MSCI es una firma de investigación de mercados independiente que desarrolla índices globales de los mercados financieros; el índice MSCI ACWI contiene información de mercados financieros y empresas que transan en bolsa en veintitrés países desarrollados y veinticuatro países en vías de desarrollo. Con datos sobre 2,852 empresas, este índice cubre aproximadamente un 85% del mercado global accionario.

⁴ 2020 Women on Boards Gender Diversity Index. Disponible en www.2020wob.com/companies/2020-gender-diversity-index#targetText=Half%20of%20R3000%20Have%20One,%25%20from%2022%25%20in%202017.

⁵ Non executive directors (NED) o directores independientes, son aquellos directores que proporcionan una supervisión independiente, sin participar en la dirección ejecutiva de la empresa, estos se contraponen a los Executive directors que son aquellos directores que participan en la dirección ejecutiva de la empresa, toman las decisiones importantes.

Las mujeres pueden tener ideas diferentes en el comportamiento del cliente, particularmente en industrias donde las mujeres son los principales agentes de compras.

También pueden evaluar la información y considerar el riesgo y la recompensa de manera diferente que los hombres, por lo tanto, mejorando la toma de decisiones. Además, pueden exhibir niveles más altos de confiabilidad y cooperación, mejorando así la dinámica del directorio.

Finalmente, desde el punto de vista de las políticas públicas, la diversidad de género es un valor social importante y uno eso es consistente con la igualdad.

Las mujeres llevan décadas en la fuerza laboral trabajando a tiempo completo, en 2013 más de la mitad de los egresados de universidades europeas eran mujeres, sin embargo, estas raramente llegan a altas posiciones como ejecutivas de primera plana o directoras de grandes empresas.

Todo esto nos lleva a hacernos dos preguntas, en primer lugar, ¿es necesario generar políticas que promuevan una mayor participación de las mujeres en los directorios? Y de ser así, ¿qué tipo de políticas son convenientes en esta área?

Acá un tema previo es determinar si la diversidad, en este caso de género, debe existir al interior de los directorios por una elemento necesario en sí mismo o la diversidad, de género en este caso es un medio de aumentar el valor para el accionista o para la empresa.

¿SON NECESARIAS LAS POLÍTICAS DE GÉNERO AL INTERIOR DEL DIRECTORIO?

Este tema nos lleva directamente a la gran pregunta sobre el interés que debe existir al tomar una decisión al interior de la empresa, en este caso la decisión es, ¿debemos promover la diversidad de género como un fin en sí mismo?, al seleccionar al directorio o, ¿debemos elegirlo en base a criterios puramente técnicos teniendo en vistas la diversidad de género?

En este punto puede haber dos puntos de vista, el primero es que la diversidad de género tiene un valor en sí misma, en cualquier ámbito, incluido en el corporativo, por otro lado, podemos sostener que la diversidad de género tiene un valor asociado al aumento de valor de la compañía.

Si sostenemos la primera postura significa que las empresas (y más específicamente los accionistas) deben, al momento de designar a los directores, tener una consideración más allá del beneficio o interés social de la empresa, deben ser, por decirlo de alguna forma, un interés general de la sociedad de incorporar grupos que usualmente se ven subrepresentados.

La causa social por diversidad de género al interior de los directorios está enraizada en un tema más amplio, que es el de la igualdad de género, los que sostienen esta igualdad de género en la empresa como un fin *per se*, lo hacen basándose en justificaciones morales o sociales⁶, su caso se encuentra basado en la premisa de que esta diversidad es “lo correcto”⁷, sin embargo estas justificaciones más que lograr simpatía por parte de los tomadores de decisiones en las empresa los han alienado, poniéndolos en veredas opuestas respecto de este tema.

Existen diversos argumentos que promueven una participación de las mujeres en los directorios o la diversidad de género como un valor en sí mismo, estos señalan entre otros, que la diversidad de género puede mejorar la calidad del proceso de toma de decisiones en comparación con directorios más homogéneos o que las directoras pueden agregar nuevas perspectivas a las discusiones en los directorios o tener un mejor desempeño.

Por otro lado, los que piensan que la igualdad de género tiene un valor, pero asociado al éxito de la compañía pueden también tener diversos puntos de vista, por una parte, aquellos que piensan que el solo hecho de incorporar mujeres al directorio trae aparejado un éxito o un beneficio a la compañía, y aquellos que piensa que esto no es automático y que solo debe tenerse en consideración el éxito o beneficio de la compañía y la diversidad de género es un agregado.

A esta postura se le puede denominar como una postura instrumental a los intereses de la compañía, esta postura ha significado un giro desde las justificaciones sociales o morales para la diversidad a una postura instrumental a un fin, que es el beneficio empresarial.

Estas posturas señalan que directorios diversos en lo relativo al género traen beneficios a la compañía, para estos autores este tema no es un tema de igualdad, sino que es un tema de mejorar el gobierno corporativo de la empresa por medio de la diversidad⁸.

En el caso de aquellos que intentan justificar la necesidad de una diversidad de género al interior del directorio señalando que una mayor diversidad se encuentra directamente relacionado con un mayor valor para la empresa, se encuentran con el problema de que esto no ha sido probado empíricamente, es más, los estudios que se han hecho señalan que no existe una correlación entre la composición del directorio en cuanto a género o raza y los resultados de la empresa⁹.

Por este motivo justificar la necesidad de diversidad de género en el beneficio económico de la empresa es discutible, por este motivo creemos que la justificación debe venir dada por otros motivos, tales como el valor re-

⁶ NILI (2019), pp. 145, 159.

⁷ FAIRFAX (2011), pp. 854, 857.

⁸ Nili (2019), pp. 145, 160.

⁹ FANTO, SOLAN & DARLEY (2011), pp. 901, 918.

putacional o el enriquecimiento de las discusiones al interior del directorio, temas que indirectamente deben traer un beneficio económico a la empresa.

Esta discusión está muy ligada a la gran discusión en materia de interés social, donde a lo largo de la historia han existido diversas posturas, desde en un principio la teoría del *Shareholder supremacy* en que se entendía que la compañía era de sus accionistas y, por lo tanto, el único interés aceptable era la maximización del retorno económico de los dueños en el más corto plazo, desde esta mirada, las políticas de género son absolutamente incompatibles con el interés social.

A esta postura se le rebatió con la teoría del *stakeholder primacy*, esta teoría señala básicamente que la empresa es un actor dentro de la sociedad, que tiene una estructura institucional a la cual el Estado otorga la posibilidad de actuar en el mundo jurídico y como institución está formada no solo por sus accionistas, sino que por todo aquel que tiene interés en ella y, por lo tanto, los intereses de todos sus integrantes están en un mismo nivel y deben tomarse en cuenta al tomar las decisiones al interior de la empresa, esta postura es absolutamente concordante con las medidas de igualdad de género al interior de la empresa, ya que la sociedad es un interesado o *stakeholder* y es del interés de la sociedad en su conjunto que si existen grupos subrepresentados en la sociedad esta se corrija.

No obstante, hoy el *stakeholder primacy* va un poco en retirada, en la actualidad el consenso ha llegado de la mano de la *Enlightened shareholder value theory*, esta teoría vuelve un poco a los inicios en que el interés de la sociedad es finalmente la maximización de recursos, sin embargo, con un matiz, esta teoría señala que esto solo se logra si dicha maximización de recurso se da por medio del respeto a los intereses de los interesados y de la sociedad toda, por lo tanto, si aplicamos esta teoría al tema de la equidad de género al interior de los directorios debemos decir que las medidas tendientes a promoverlo son totalmente aceptables e, incluso, deseables, pero no por un valor intrínseco de la igualdad, sino que como una forma en virtud de la cual se logra el objetivo final, que es la maximización del valor de la empresa.

Por lo tanto, de ser así estas medidas son necesarias siempre y cuando traigan como consecuencia un beneficio empresarial en el largo plazo.

¿CÓMO SE ENFRENTA EL TEMA DE LA DIVERSIDAD DE GÉNERO AL INTERIOR DE LOS DIRECTORIOS?

Suponiendo que la diversidad de género es necesaria o es una finalidad querida por traer aparejado el beneficio a la empresa. ¿Cómo se debe enfrentar este tema?

Existen tres formas:

- 1) Estableciendo cuotas de género legales o *hard law*.
- 2) Estableciendo recomendaciones, *soft law* o normas *comply or explain*.
- 3) Dejando la decisión a las propias empresas.

Cuotas de género legales

Cuotas de género son un mecanismo de acción positiva, en virtud del cual se establece un mínimo de participación de un género en determinado asunto, estas cuotas de género se establecen de manera imperativa a través de leyes, y su incumplimiento puede traer aparejado distintos tipos de sanciones.

El típico caso de cuotas de género son las parlamentarias o electorales, estas cuotas establecen por regla general mínimos de candidatos por género a cargos de elección popular.

Estas cuotas parlamentarias difieren de las cuotas a las cuales nos referimos en este trabajo, que son las cuotas legales de género al interior de los directorios.

Una gran diferencia es que las cuotas parlamentarias se refieren a cuotas de postulación o cuotas de candidaturas, no aseguran un resultado final, sin embargo, las cuotas de género en los directorios se refieren al resultado final a porcentajes de resultado, esto se complica, ya que acá estamos hablando de instituciones privadas y donde, además, los directores representan y son elegidos por accionistas, esto dificulta la aplicación de estas cuotas, además de imponer una carga a los privados que al menos es discutible su procedencia.

Recomendaciones o normas "cumplir o explicar" (comply or explain)

Es un recurso muy utilizado en materia de gobiernos corporativos, en virtud de esta técnica se establece, mediante normas o instrumentos no vinculantes, ciertas recomendaciones tendientes a establecer conductas que regulan temas al interior de las empresas, estas conductas tienden, por regla general, a establecer situaciones de protección o de entrega de información, respecto de temas queridos por la autoridad.

Cuando estas recomendaciones se dictan bajo la modalidad *comply or explain*, la empresa puede cumplir o no cumplir las recomendaciones, pero si no las cumplen deben explicar los motivos por los cuales no se cumplen.

El propósito de "cumplir o explicar" es dejar que el mercado decida si un conjunto de estándares es apropiado para compañías individuales. Dado que una empresa puede desviarse del estándar, este enfoque rechaza la opi-

nión de que una norma es aplicable a todos los actores o como se denomina en inglés *one size fits all*, pero debido al requisito de revelar explicaciones a los inversores del mercado, anticipa que, si, por ejemplo, los inversores no aceptan las explicaciones de una empresa ellos venderán sus acciones o si los consumidores no están de acuerdo dejarán de comprar, creando así una “sanción de mercado”, acá la sanción ya no es una imposición legal, sino que es un tema reputacional, Este concepto se introdujo por primera vez después de las recomendaciones del Informe Cadbury de 1992¹⁰ sobre gobiernos corporativos en el Reino Unido.

Estas normas no son obligatorias, sino recomendaciones, por este motivo se consideran normas de *Soft Law*.

Autorregulación

Muchos piensan que como estos son temas entre privados, a pesar de que la diversidad de género pueda ser algo querido o beneficioso, no deberían existir normas que lo impongan, sino que debe ser el mercado que se autorregule, y si lo que se busca es el beneficio de la empresa, esto se logrará justamente mediante la diversidad de género, esto se dará naturalmente por el mercado, sin intervención de la autoridad.

Este enfoque creemos que puede ser insuficiente, ya que el tema de las empresas enlistadas, si bien es un tema entre privados, existe también un tema de fe pública, pues su capital se transa en el mercado financiero y, en general, los titulares de acciones son muchas personas (sobre todo si consideramos los inversionistas institucionales) es un tema que debe tener algún tipo de regulación.

¿QUÉ SE BUSCA CON LAS CUOTAS DE GÉNERO?

Esta pregunta es sumamente válida, el hecho de promover la participación de mujeres en el directorio debe tener una razón que lo justifique, las respuestas pueden ser disímiles.

Si por un lado la respuesta es que se busca que las mujeres estén ahí, ya que se debe corregir una injusticia histórica y además abrirle paso para que entren a un mundo al cual siempre le fue muy difícil entrar, entonces estas medidas van en el sentido correcto, sin embargo, creemos que esa no debe ser la justificación de que estén en los directorios.

¹⁰ <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>

Creemos que deben estar en los directorios y que debieran ser parte en la toma de decisiones al interior de las empresas, y eso creemos no se logra con cuotas, sino que mediante el ingreso de las más preparadas, y para eso creemos que el sistema de cuotas no es suficiente, esto se logra con medidas integrales de educación y acceso a la información, esto se consigue no a través de medidas cuantitativas de género, sino que a través de medidas cualitativas de género.

El gran argumento en contra de las cuotas de género viene dado por el hecho de que al hablar de directorios nos estamos refiriendo al ámbito privado, y al estar dentro del ámbito privado nos regimos por principios distintos al ámbito público, acá lo relevante debiera ser el interés de la empresa como un todo, y no intereses de grupos particulares.

Además, el hecho de establecer cuotas estas imponen una carga al privado que iría más allá de lo que le corresponde.

Otro problema que ha surgido con el establecimiento de cuotas o el forzar el nombramiento de directoras es el hecho de que al elegir un director debiese elegirse al más capacitado para el cargo.

Puede pasar que se designen personas en los directorios para llenar cupos, esto provocaría una especie de división en categorías de directores, aquellos que están por sus méritos y aquellos que están por sus características.

Esto ya estaría pasando, por ejemplo en el Reino Unido se ha señalado que las firmas del FTSE 100 estarían nombrando directoras para llenar cupos, pero que estas no estarían siendo tomadas en cuenta en decisiones estratégicas y que, incluso, no estarían siendo consideradas dentro de la carrera por promociones dentro de las empresas¹¹.

SITUACIÓN DE LA DIVERSIDAD DE GÉNERO EN LOS DIRECTORIOS DE EMPRESA A NIVEL COMPARADO

1) *Canadá*

No existen cuotas legales de participación de mujeres en directorios, sin embargo, en el ámbito estatal, en el Estado de Quebec se estableció una cuota de un 50% de mujeres en los directorios de empresas estatales.

Sin embargo, en 2018 se hizo una reforma a la legislación corporativa canadiense, la Bill C-25¹² modificó Ley de Sociedades Comerciales, la Ley

¹¹ www.theguardian.com/business/2019/jul/11/uk-firms-accused-hiring-female-directors-for-symbolic-value

¹² Bill C-25. Disponible en www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-25/royal-assent

de Cooperativas de Canadá, la Ley de Sociedades sin Fines de Lucro y la Ley de Competencia.

Esta reforma no creó cuotas ni estableció normas sobre diversidad de género, sin embargo, se ha dicho que puede ser un catalizador para el tema de la diversidad de género en Canadá, ya que introduce modificación en las obligaciones de *disclosure* en las empresas cotizadas relativas al tema de la diversidad de género en los directorios de empresas cotizadas y también en los cargos de alta administración¹³ así vemos que, si bien esta legislación no impone cuotas u obligaciones, sino que impone una regla de *Comply or Explain*, bajo este sistema estas empresas deberán informar temas tales como grupos representados en el directorio o políticas relativas a mantener una diversidad entre los miembros, de no tener dichas políticas la empresa deberá explicar el porqué.

El porcentaje de mujeres en los directorios a 2017 era de un 17,7 %.

2) Estados Unidos

No existen normas federales que establezcan cuotas de mujeres en directorios, sin embargo, existen normas en algunos Estados relativas a este tema así, por ejemplo, en California, en 2018, la Senate Bill 826, denominada *Women on Boards* fue aprobada, dicha norma establece la obligación para las sociedades anónimas abiertas establecidas o que tengan a sus principales ejecutivos domiciliados en California deben tener al menos una directora en su directorio, esta norma entrará en vigencia el 31 de diciembre de 2019. A partir de 2022 en el caso de sociedades anónimas que tengan cinco directores el mínimo de mujeres será de dos y si la compañía tiene seis o más directores el número mínimo de mujeres será de tres.

Además, existen algunas recomendaciones dictadas por las legislaturas estatales de otros Estados, como mencionamos antes, estas son un tipo de *soft law*¹⁴.

3) Unión Europea

El tema de la diversidad de género en los directorios ha estado en la agenda política de la Comisión Europea desde 2010 cuando se lanzó la *Strategy for equality between women and men*¹⁵.

¹³ www.lawsonlundell.com/the-business-law-blog/bill-c-25-a-catalyst-for-corporate-diversity-in-canada

¹⁴ Massachusetts, Illinois y Pennsylvania.

¹⁵ <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c58de824-e42a-48ce-8d36-a16f30ef701b/language-en>

Luego, en 2016, se dictó un nuevo documento, la *Strategic Engagement for Gender Equality 2016-2019*¹⁶, todo esto con la intención de dictar una directiva que establezca obligaciones específicas, sin embargo, aún no ha existido consenso dentro del parlamento europeo para transformar estas iniciativas en ley.

4) Francia

Se ha dado una larga discusión, a principio de este siglo se intentó legislar el tema de las cuotas, sin embargo, dicha legislación fue declarada inconstitucional, por este motivo el año 2008 se modificó la Constitución, permitiendo la dictación de la denominada Ley Cope-Zimmermann el año 2011.

La actual norma francesa de 2017 establece una cuota de un 40% para ambos géneros, esta cuota aplica en los siguientes casos:

- Empresas que transan en bolsa.
- Algunas empresas privadas con ingresos o activos superiores a cincuenta millones de euros o más de quinientos trabajadores.
- Organizaciones gubernamentales.

El porcentaje de mujeres en directorios es de un 40%.

5) Noruega

Fue el primer país en dictar una ley estableciendo cuotas obligatorias de género en los directorios de empresas enlistadas, esta norma fue introducida a la legislación noruega en 2005.

Con el establecimiento de estas cuotas obligatorias la representación femenina en los directorios pasó de un 11% en 2003 a un 42% en 2008¹⁷ cifra que se mantiene en 2016¹⁸.

La norma noruega establece que en los directorios del equivalente a las sociedades anónimas abiertas ningún género puede tener una participación de menos de un 40%, sin embargo, y basados en el éxito de esta medida el gobierno está intentando llevar las cuotas más allá, por ejemplo en 2016 se aprobó una norma que las lleva no solo a los directores, sino que lo hace aplicable a los cargos de primera línea de administración de las empresas.

¹⁶ https://ec.europa.eu/anti-trafficking/eu-policy/strategic-engagement-gender-equality-2016-2019_en

¹⁷ BOHREN & STAUBO (2015), pp. 3, 30.

¹⁸ www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/statistikker/styre/aar/03.16

6) Reino Unido

No existen cuotas legales de género para los directorios. Esto no significa que el tema no sea relevante en el mundo corporativo británico.

El año 2011 el gobierno encargó a lord Davies un estudio independiente relativo, dicho informe denominado *Women on Boards*¹⁹ hizo una serie de recomendaciones, pero entre las más relevantes señaló que debía apuntarse a tener al año 2015 un 25% de mujeres en los directorios.

Esta meta se cumplió y a 2015 se reportó que las mujeres ocupaban un 26,1% de las posiciones en directorios de empresas FTSE 100 y 19,6% en las empresas del FTSE 250. Además, en el FTSE 100 no existía ninguna empresa en que el directorio estuviera formado exclusivamente por hombres y en el FTSE 250 solo trece tenían directorios formados exclusivamente por hombres. Además, existe el *Corporate Governance Code*, que es una norma *comply or explain*, en dicho código se establece que las compañías deben reportar anualmente sus políticas de diversidad de género e incluir dichas políticas en las evaluaciones anuales de efectividad de los directorios.

ANÁLISIS COMPARADO

Si analizamos las legislaciones incluidas en este trabajo vemos que existen algunas con cuotas y otras sin cuotas legales, sin embargo, en todas existen iniciativas para promover esta diversidad.

Analizando los números no nos permiten detectar diferencias reales entre aquellas legislaciones en que hay cuotas obligatorias o normas de *comply or explain*.

La pregunta que podemos hacernos es si estas cuotas obligatorias han tenido un efecto (positivo o negativo) en las empresas enlistadas o en el acceso de las mujeres a los directorios.

Así, si vemos jurisdicciones en que las cuotas de género son obligatorias vemos que sí existe un efecto de ingreso a los directorios, sin embargo, en países en que las cuotas no son obligatorias, pero que existen fuertes medidas de *soft law* y una gran fuerza del mercado reputacional, como en el Reino Unido vemos que también ha crecido esta participación.

Otra pregunta es si bien crece, ¿crece en calidad? Acá la respuesta es más compleja, ya vimos que se ha señalado que, por ejemplo, en Francia y el Reino Unido el crecimiento se da principalmente en *non executives directors*,

¹⁹ www.gov.uk/government/news/women-on-boards

esto nos muestra que este crecimiento es más numérico, pero no existe un crecimiento en el ámbito de la toma de decisiones, esto nos lleva a preguntarnos cuál es la finalidad de más mujeres en los directorios, que estas llenen un asiento o que participen con sus puntos de vista en la toma de decisiones, creemos que la respuesta es esta última, por lo que, si bien estas medidas ayudan creemos que la solución debiera ir por otro lado, buscando un crecimiento más cualitativo de las mujeres en los directorios.

SITUACIÓN EN CHILE

No existen normas legales que establezcan cuotas, ni recomendaciones o normas *comply or explain* relativas a la diversidad de género en los directorios.

Sin embargo, es un tema que ha empezado a tener relevancia, de hecho este año el Ministerio de la Mujer creó un registro de mujeres para directorios²⁰, este registro tiene como objetivos:

- Aumentar la participación de mujeres en posiciones de alta responsabilidad.
- Aumentar la participación laboral femenina y disminuir la brecha salarial por la vía de visibilizar mujeres capacitadas, con experiencia y disponibles.
- Avanzar de manera más rápida en equidad de género en las empresas al tener más mujeres en los directorios.

Respecto a los números, el estudio más serio es el que hace Comunidad Mujer denominado “Ránking de mujeres en la alta dirección”²¹ el cual en su versión 2018 señala entre otras cifras que, por ejemplo, en las empresas IPSA de un universo de 327 directores titulares solo veintiuno son mujeres, es decir, un 6,4%, sin embargo, señala como casos destacados en este tema empresas como Colbún que tiene un 33,3% de mujeres en su directorio y Banco Santander y Ripley con un 22,2%.

CONCLUSIONES

El tema de la diversidad de género al interior de las empresas es un tema complicado por dos razones: primero, estamos en la esfera de lo privado, de

²⁰ www.minmujeryeg.gob.cl/registro_mujeres/

²¹ www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2019/01/Ranking-Mujeres-en-la-Alta-Direccio%CC%81n-2018.pdf

la libertad de empresa, por lo que regular a través de la imposición de cuotas puede ser complicado, ya que no está claro cuál es el interés que se debe tener al incorporar a las mujeres a los directorios.

Luego, otro tema que preocupa es una vez que las mujeres entran al directorio, ¿qué papel desempeñan? Están ahí para llenar cupos o están en posiciones en las cuales son parte importante de la toma de decisiones, este último fin debiera ser lo más relevante en este tema, no un tema de cantidad, sino que un tema de calidad de la participación.

Creemos que la solución a este tema pasa por regulación blanda o *soft law* más que norma dura, y esto no es extraño o diferente a otros temas o regulaciones en temas de gobierno corporativo en el cual existen las recomendaciones o los *comply or explain*.

BIBLIOGRAFÍA

- BOHREN & STAUBO (2015): "Mandatory Gender Balance and Board Independence", in *European Financial Management* 3. 22.
- FAIRFAX, Lisa (2011): "Board Diversity Revisited: New Rationale, Same Ols Story?", in *89 NC Law Review*.
- FANTO James, Lawrence SOLAN & John DARLEY (2011): "Justifying Board Diversity" *89 North Carolina Law Review*.
- LARKER, David & Bryan TAYAN (2013): "Pioneering Women on Boards: Pathways of the First Female Directors", in *Stanford Closer Look Series* number 2 (September).
- NILI, Yaron (2019): "Beyond the Numbers: Substantive Gender Diversity in Boardrooms", in *94 Indiana Law Journal*.

DERECHOS DE LA MUJER. AVANCES Y DESAFIOS PENDIENTES

WOMEN RIGHTS ADVANCES AND PENDING CHALLENGES

*Ana María García Barzelatto**

RESUMEN: Este trabajo tiene por objetivo ofrecer un panorama general de los avances que ha tenido el reconocimiento de los derechos de la mujer en el mundo, considerando algunos antecedentes históricos y particularmente las principales convenciones internacionales ratificadas por Chile dirigidas a la eliminación de toda discriminación y violencia contra la mujer, con especial detención en los avances y logros obtenidos mediante la adecuación de su normativa interna, así como los desafíos aún pendientes por Chile en esta materia.

PALABRAS CLAVE: Derechos de la mujer - Convenciones internacionales sobre derechos de la mujer - Chile y derechos de la mujer.

ABSTRACT: The purpose of this work is to provide an overview of the progress made by the recognition of women's rights in the world, considering some historical background and particularly the main international conventions, signed by Chile, aimed at eliminating discrimination and violence against women, with special attention to the progress and achievements made in this regard in the Chilean regulations and also indicating the challenges still pending.

KEYWORDS: Women's rights - International conventions on women's rights - Chile and women's rights.

* Abogada. Profesora titular de Derecho Constitucional, Universidad de Chile; presidenta de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional; directora de la *Revista de Derecho Público*; miembro de la Comisión de Códigos de la Editorial Jurídica de Chile; miembro del directorio de la Editorial Universitaria. Correo electrónico: agarcia@derecho.uchile.cl

1. INTRODUCCIÓN

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se desplegó un intenso movimiento en favor del reconocimiento en el ámbito constitucional de los derechos de las personas, en cuanto todas ellas, sin distinción alguna, son titulares del derecho a la dignidad, a la libertad e igualdad. Las constituciones políticas se erigieron en verdaderas cartas de derechos con sus respectivos mecanismos jurídicos, recursos y acciones destinados a garantizarlos.

En forma casi paralela, en esa misma época y de manera específica, tomó especial relevancia el reconocimiento jurídico de los derechos de la mujer, el que en algunos países se ha incorporado en normas de rango constitucional, mientras que en otros su regulación ha quedado como deber del legislador¹.

Actualmente son muchas las brechas o distinciones que arbitrariamente se producen entre hombres y mujeres como, por ejemplo, en el derecho a una remuneración justa e igualitaria, los derechos de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal para administrar y disponer de sus bienes, el derecho de sufragio hasta hace algunas décadas, la igualdad de acceso a determinados cargos o desarrollo de ciertas actividades, entre muchos otros.

La discriminación respecto de la mujer es un problema de antigua data. En efecto, desde la antigüedad clásica, y aún antes, la discriminación y la mirada hacia el sexo femenino como algo inferior estuvo siempre presente. Desde la violencia verbal y física, hasta lo que hoy suele denominarse “micromachismo”, la diferencia entre géneros ha existido en variadas versiones².

Las distinciones arbitrarias han tenido lugar a lo largo de la historia, a tal punto que han sido las propias mujeres quienes no han tenido conciencia de las diferencias establecidas desde muy antiguo entre ambos sexos, en la creencia que el sexo masculino es superior al femenino.

Así, por ejemplo, ha sido señalado en términos que

“todas las penosas y cansadoras tareas domésticas sin las cuales, claro está, no podríamos desempeñarnos en el espacio público –cocinar, lavar, limpiar, cuidar a niños y ancianos– son realizadas por mujeres. Ello significa, en términos económicos, que ellas transfieren a los hombres

¹ En el ámbito constitucional, cabe destacar las Constituciones Políticas de Ecuador, Bolivia, Colombia, Perú y México. La Carta chilena a partir de las reformas constitucionales de 1989 y 1999, como se indicará.

² Micromachismo es una palabra que no tiene reconocimiento en el *Diccionario de la lengua española* de la RAE, pero que se ha desarrollado para referirse a un comportamiento de control y dominio cotidiano de la mujer, que por su menor intensidad o menos sutileza pasa desapercibido, estimándose que es una forma de violencia soterrada.

su fuerza de trabajo –casi siempre de manera gratuita– liberándolos del costo en tiempo y dinero que les significaría a ellos realizar esas tareas imprescindibles para moverse en la vida laboral”³.

Hoy, el avance consiste en que la sociedad, y particularmente la mujer, ha tomado conciencia de que más allá de las diferencias biológicas, el ser humano es equivalente en todas sus formas y para lograr la igualdad jurídica es necesario que la sociedad y cada uno de sus miembros junto con tomar conciencia de esta realidad debe estar dispuesto a hacer un cambio, tanto en lo personal como en lo jurídico y social.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

No obstante lo señalado, si recorremos un poco la historia, es posible advertir algunos hitos de reconocimiento a los derechos de las mujeres.

En la antigüedad clásica, destaca Esparta, cuyas mujeres –aunque no pueden ser vistas en igualdad de condiciones que los hombres– disfrutaban de un estatus, poder y respeto desconocidos en el resto del mundo clásico, tanto como madres de los guerreros espartanos, como mujeres con educación, y capaces de dirigir las propiedades y administrarlas en ausencia o muerte de sus maridos o hijos⁴.

Asimismo, la corriente filosófica de los estoicos admitía la igualdad de hombres y mujeres como un hecho propio de la naturaleza y se llegó a estimar el matrimonio como una sociedad entre iguales. También en el cristianismo primitivo y en la doctrina de los Padres de la Iglesia pueden advertirse pasajes que enaltecen a la mujer⁵.

Más adelante, con el fin del absolutismo monárquico en Inglaterra y el inicio del movimiento constitucionalista, retomando los principios de la Ilustración, la Carta inglesa *Bill of Rights* del siglo XVII, reconoce abiertamente principio fundamental de igualdad de derechos y la autonomía individual.

Sin embargo, pensadores tan destacados como Jean-Jacques Rousseau consideraron que el hecho de que la mujer obedeciera al hombre formaba parte del orden natural⁶. Pero fue desde esta época, que las mujeres comenzaron a luchar por sus derechos y el reconocimiento del principio de igualdad para hombres y mujeres. Una lucha con lentos y fatigosos avances.

³ VILLAVICENCIO y ZUÑIGA (2015).

⁴ LARA (2016), p. 49.

⁵ GARCÍA (1975).

⁶ CALDERÓN (2005). Véase también *El Emilio o de la educación*, capítulo v.

Inmediatamente después de la Revolución francesa, en 1791, la dramaturga y activista francesa Olympe de Gouges, publicó la “Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana” tomando como modelo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, lo que debe entenderse como una sátira que tuvo como objetivo evidenciar que la Revolución solo tendría verdadero efecto cuando todas las mujeres tomaran conciencia de los derechos que históricamente les habían sido negados⁷.

En el siglo XIX, el filósofo inglés, John Stuart Mill publicó, en apoyo de los derechos de las mujeres, su famoso libro *El sometimiento de las mujeres*, y en su calidad de miembro del Parlamento inglés abogó por el sufragio femenino, idea que fue recogida en Inglaterra por el movimiento de las sufragistas hasta lograr este derecho en 1918⁸.

La obra de John Mill tuvo una notable influencia en el desarrollo y consolidación del movimiento feminista del siglo XIX, y nutrió decisivamente la teoría sufragista con elementos de filosofía moral y política de gran significación histórica alcanzando un tremendo impacto sobre mujeres de Gran Bretaña, Estados Unidos y numerosos países europeos tales como Francia, Alemania, Austria, Suecia, Dinamarca y España⁹.

Otra circunstancia relevante, a lo largo del siglo XIX fue la lucha por el reconocimiento a las mujeres del derecho de propiedad. Especialmente en Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra, grupos de mujeres comenzaron a rebelarse contra la legislación que les negaba el derecho a la propiedad una vez contraído el matrimonio. Ante tal presión, desde mediados del siglo XIX legisladores estadounidenses y británicos comenzaron a aprobar estatutos destinados a proteger las propiedades de las mujeres frente a sus esposos y los acreedores de los mismos¹⁰.

⁷ CONDORCET, DE GOUGES, DE LAMBERT Y OTROS (2011).

⁸ John Stuart Mill, filósofo, político y economista, inglés de origen escocés, vinculado al liberalismo y al pensamiento utilitarista del siglo XIX, conocido por sus aportes al desarrollo de los derechos fundamentales de libertad y de igualdad, autor de numerosas obras tales como *Sobre la Libertad* (1859), *El utilitarismo* (1861), *Principios de Economía Política* (1848), su *Autobiografía* (1873), ya estando consagrado en su medio, es autor también de una obra que es un clásico de la teoría feminista *El sometimiento de las mujeres*, publicado en el año 1869. Fue parlamentario de 1865 a 1868 y primer diputado que incluyó en su programa electoral el voto femenino.

⁹ A comienzos del siglo XX algunos países nórdicos ya lo habían concedido (Finlandia 1906, Noruega 1913, Dinamarca 1915), extendiéndose notoriamente después de la Primera y de la Segunda Guerra Mundial en los países europeos, Latinoamérica, África y Medio Oriente.

¹⁰ Cabe hacer notar que la legislación chilena mantiene sin modificación el estatuto de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal en lo que respecta a la administración de sus bienes, la que todavía corresponde al marido, y debe actuar representada por éste en numerosas situaciones patrimoniales.

A fines del siglo XIX, en 1888, se creó la primera organización integrada por mujeres representantes de 53 organizaciones femeninas, provenientes de nueve diferentes países para defender los derechos humanos femeninos¹¹. Se denominó “Consejo Internacional de Mujeres”, llegó a trabajar con la Sociedad de Naciones y, después de la Segunda Guerra Mundial, con las Naciones Unidas. Actualmente tiene la calidad de órgano asesor en el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, sede en Suiza, de encuentra integrada con representantes de setenta países. Es la organización de mujeres más antigua de la historia.

3. CONVENCIONES INTERNACIONALES

En el derecho internacional de derechos humanos los derechos de las mujeres ha sido objeto de protección especial. Como ha señalado la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (Acnuch), la igualdad de género se encuentra en el centro de los derechos humanos y de los valores de Naciones Unidas¹².

Es así que, como precisa Acnuch, la discriminación por motivos de sexo se prohíbe en casi todos los tratados de derechos humanos, incluyendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En dichos pactos, adoptados en Nueva York el año 1966 y ratificados por Chile el año 1972, se asegura a hombres y a mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos que dichos textos enuncian (artículo 3 de ambos textos).

Los siguientes tratados internacionales se han dedicado de manera específica a los derechos humanos de las mujeres, tanto en el ámbito internacional como regional.

3.1. *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw)*

En 1963, la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer¹³ la elaboración de una decla-

¹¹ Mujeres provenientes de países tales como: Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Francia, India, Irlanda, Noruega y Reino Unido.

¹² Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (s/f).

¹³ La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer es un órgano internacional intergubernamental destinado a la promoción de la igualdad de género y empoderamiento de la mujer, creado con el apoyo de Naciones Unidas, que ha cumplido un importante papel

ración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, a la que siguió, en 1979, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Cedaw)¹⁴.

La Cedaw¹⁵, fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979, entró en vigor el año 1981 y fue ratificada por Chile el año 1989¹⁶. Es considerada en general, como el principal instrumento jurídico internacional de los derechos de la mujer de carácter vinculante y su objetivo es eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer, alcanzando la igualdad formal y sustantiva en el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Define “discriminación contra la mujer” como:

“Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (art 1).

Condena la discriminación contra la mujer en todas sus formas y exige a los Estados partes a tomar acciones necesarias para eliminarla (art. 2).

Adicionalmente, crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, como el órgano encargado de examinar los avances de los Estados partes, quienes deben informarle las medidas legislativas, judiciales, administrativas u otras que hayan adoptado para dar cumplimiento a la Convención¹⁷.

Finalmente, el año 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas fundó ONU Mujeres, mediante la fusión de varios organismos que funcionaban separadamente para desarrollar temas de género y de promoción de los derechos de la mujer. Es uno de los ejemplos más significativos de trabajo conjunto para el desarrollo de esta materia¹⁸.

ONU Mujeres tiene dentro de sus objetivos de desarrollo sostenible lograr en los próximos diez años la igualdad de género, con lo que se propo-

en las convenciones internacionales sobre los derechos de la mujer. ONU Mujeres. Un poco de historia (s/f).

¹⁴ ONU MUJERES (s/f).

¹⁵ Por su sigla en inglés.

¹⁶ Estado de ratificaciones disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en en octubre, 2019].

¹⁷ El año 2018, Chile recibió las observaciones finales del Comité CEDAW, algunas de las cuales son revisadas más adelante.

¹⁸ ACERCA DE ONU MUJERES; ONU MUJERES (s/f).

ne eliminar todas las formas de violencias contra la mujer, asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres dentro de la vida política, económica y pública, reconocer y valorar sus capacidades, entre otros.

No obstante los avances señalados, cabe hacer presente que un reciente estudio estima que la Cedaw tiene ciertos déficits por cuanto la noción de discriminación establecida en ella se

“sustenta en la defensa de los derechos y libertades desde una concepción aún formalista; esta sería una de las razones que explicaría por qué no fue posible que esta Convención abordara de modo expreso la violencia de género, considerando el carácter de discriminación sistémico que tiene (...)”¹⁹.

3.2. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer*

En el ámbito regional, en 1928 se creó la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), la que se constituyó en el primer órgano intergubernamental destinado a garantizar el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres²⁰. En 1990, redactó y aprobó la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la que culminó seis años después en la aprobación, en la localidad Belém do Pará en Brasil, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer.

Dicha Convención, conocida también como la Convención Belem do Para, fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en 1994, entró en vigor el año 1995 y fue ratificada por Chile en 1996²¹.

Esta Convención entiende por violencia contra la mujer:

“Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como explícitamente en el privado” (art. 1).

En este sentido, la Convención Belém do Pará manifiesta el nuevo paradigma de derechos humanos, en tanto asume que

“lo privado es público y, en consecuencia, le corresponde a los Estados asumir el deber indelegable de prevenir, erradicar y sancionar los hechos

¹⁹ IRIARTE (2018), p. 65.

²⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES, OEA.

²¹ Estado de ratificaciones en www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html [octubre, 2019].

de violencia en la vida de las mujeres, tanto en las esferas públicas como en las privadas”²².

También establece mecanismos de cumplimiento de la protección de los derechos, tales como la obligación de los Estados miembros de presentar ante la Comisión Interamericana de la Mujer informes nacionales que deberán incluir información relativa a las medidas adoptadas por el Estado para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, y asistir a la mujer afectada por violencia (art. 10).

Sin embargo, queda mucho por hacer.

En un reciente estudio realizado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, se detectó un número considerable de causas que no prosperaron por haber sido archivadas provisionalmente u otras razones. Como se señala:

“el estudio se centra en una muestra de 235 causas de delito de lesiones hacia mujeres en el contexto de relaciones de pareja bajo la Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar y que terminaron en archivo provisional o por decisión de no perseverar entre 2012 y 2016. Se complementó el análisis con entrevistas a distintos actores del sistema de justicia. Además, se realizó una revisión y análisis de 48 sentencias dictadas en casos de femicidio (consumado, frustrado y tentado) en 2017”²³.

3.3. *Convenios de la Organización Internacional del Trabajo*

Otro ámbito de protección específico que ha sido objeto de regulación por parte de organismos internacionales, han sido los derechos laborales que han dado origen a numerosos convenios en diversas materias, muchos de los cuales han sido ratificados por Chile.

Algunos de estos convenios son los siguientes:

- Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración de 1951, ratificado por Chile el año 1971;
- Convenio N° 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación de 1958, ratificado por Chile el año 1971;
- Convenio N° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981, ratificado por Chile el año 1994; y
- Convenio N° 183 sobre la protección a la maternidad de 2000, no ratificado por Chile.

²² MEJÍA (2012).

²³ CASAS y CASTAÑEDA (2018).

En ellos, se regulan diversas materias, por ejemplo, la obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas para establecer la igual remuneración para el trabajo de igual valor realizado por hombres y mujeres, sistemas de fijación de remuneraciones o, la protección que debe darse a la mujer embarazada, entre otras materias.

4. SITUACIÓN JURÍDICA CHILENA

Chile, en cumplimiento de sus compromisos internacionales, ha desarrollado un proceso de adecuación normativa de su ordenamiento jurídico, mediante la dictación o modificación de disposiciones legales y constitucionales, para lograr una efectiva igualdad entre hombres y mujeres.

En el rango constitucional, cabe destacar la reforma (Ley de Reforma Constitucional N° 19.611 de 1999) que modificó el artículo 1°, inciso 1 para reemplazar la expresión “hombres” por “personas”; e incluir en el artículo 19 N° 3 la frase: “hombres y mujeres son iguales ante la ley”.

Con la modificación del inciso 2 del artículo 5° del texto constitucional ya se había establecido el deber del Estado de respetar y promover los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (ley N° 18.825 de 1989). Así, el conjunto de las convenciones suscritas por Chile conforman lo que se ha denominado “bloque de constitucionalidad”, estando los tribunales obligados a aplicar dichas normas, y sujetos al denominado “control de convencionalidad”.

En efecto, se han concretado numerosos avances legislativos en diversas áreas temáticas que abarca la Cedaw, tales como: no discriminación, empleo, salud, matrimonio y familia, la trata y explotación sexual de la mujer y fortalecimiento de la institucionalidad. Así, ha sido especialmente destacado por el Comité Cedaw en sus últimos informes.

Algunos avances en la legislación chilena sobre estas materias son:

- En materia de institucionalidad, el año 1991 se creó el Servicio Nacional de la Mujer, el que adquirió un rango superior con la dictación el año 2015 de la ley N° 20.820 que creó el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género como:

“la entidad encargada de colaborar con la Presidencia de la República en el diseño, coordinación y evaluación de las políticas, planes y programas destinados a promover la equidad de género, la igualdad de derechos y de procurar la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria en contra de las mujeres” (art. 1).

- En materia de no discriminación, el año 2012, la ley N° 20.609, conocida como Ley Antidiscriminación o Ley Zamudio, dispuso un procedimiento judicial especial para restablecer el imperio del derecho en caso de actos de discriminación arbitraria,

“... en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad” (art. 2).

- En materia de participación política, el año 2015 la ley N° 20.840 sustituyó el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo, que fortalece la representación en el Congreso Nacional. Para ello, introdujo reglas de cuota, de manera que de la totalidad de candidaturas a diputado o diputada, o senador o senadora presentadas por los partidos, ni los candidatos hombres ni las candidatas mujeres podrán superar el 60% del total respectivo. Asimismo, se otorga un incentivo monetario a cada partido político por cada mujer senadora o diputada electa. Estas disposiciones ya tuvieron aplicación en el proceso electoral parlamentario de 2017.
- En materia laboral, destacan numerosas modificaciones. Entre ellas, la ley N° 20.607 de 2012 que sancionó el acoso laboral como

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

Asimismo, la ley N° 20.786 de 2015 que mejoró las condiciones laborales de las trabajadoras de casa particular

- En materia de matrimonio y familia, la ley N° 20.830 creó el Acuerdo de Unión Civil y la ley N° 20.480 modificó el *Código Penal* y la ley N° 20.666 sobre violencia intrafamiliar estableciendo el femicidio.

5. DESAFIOS PENDIENTES

Si bien han existido notorios avances mediante la adopción de las reformas legislativas señaladas precedentemente, que han mejorado el marco institu-

cional y normativo chileno, existen muchas materias que requieren especial preocupación.

Chile, en cuanto Estado parte de la Convención (Cedaw) está sujeto a emitir informes periódicos ante el Comité creado por la Convención.

Así, en febrero del año 2018, el Comité examinó el séptimo informe emitido por Chile, junto a una delegación encabezada por la ministra de la Mujer y Equidad de Género, reunidos en Suiza, y se advirtieron varias falencias en materia de discriminación y violencia contra la mujer²⁴.

Destacaremos las que nos han parecido más urgentes:

- a) El acceso limitado de las mujeres a la información sobre sus derechos y de los recursos legales de que disponen las víctimas de la violencia de género.
- b) Las tasa persistentemente elevada de violencia de género contra las mujeres en ámbitos públicos y privados, incluyendo la violencia física, psicológica, sexual y económica y los altos índices de violencia intrafamiliar.
- c) En materia de empleo, la desigualdad salarial por razón de género (el 22% en 2016) en los sectores público y privado, lo que repercute adversamente sobre las pensiones de las mujeres.
- d) En materia educacional la persistencia de la enseñanza con estereotipos de género y las conductas con sesgo de género en los procesos de enseñanza y aprendizaje siguen repercutiendo en la elección de carrera de mujeres y niñas. Así, por ejemplo, es notable la desigualdad en el número de mujeres y niñas en disciplinas en las que tradicionalmente predomina los hombres, como la ciencia, la tecnología, la ingeniería y las matemáticas.
- e) En materia de relaciones familiares, el régimen actual de propiedad marital es discriminatorio contra la mujer y requiere una reforma.
- f) En materia de grupos desfavorecidos, se precisa una legislación que de protección a las mujeres migrantes, a las mujeres indígenas y aquellas con discapacidad.
- g) En materia institucional es fundamental asignar recursos humanos, financieros y técnicos suficientes al Ministerio de la Mujer y Equidad de Género y, sobretudo, organizar actividades de capacitación sistemática para la judicatura y otras autoridades estatales en relación con la discriminación.

En fin, es mucho lo que queda por hacer no solo en los ámbitos nombrados, sino que en otros que no ha sido posible abordar.

²⁴ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Cedaw (2018).

Sin embargo, en las últimas décadas pueden advertirse notorios avances en materia de derechos de las mujeres, lo que tiene especial relieve y proyección si comparamos la situación en que se encontraban las mujeres hace setenta años con la situación actual.

Destaca, asimismo, entre los progresos, la creación en los últimos años, tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, de comisiones legislativas especiales, dedicadas exclusivamente a conocer y tramitar los proyectos de ley relacionados con mujer y la igualdad de género.

Estas comisiones se encuentran estudiando en estos días proyectos de ley significativos en esta materia, que abordan temáticas que han sido objeto de recomendaciones por el Comité Cedaw. Entre ellos, el *Boletín* N° 2.667-10²⁵, que aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención Cedaw; el *Boletín* N° 11.077-07, sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y el *Boletín* N° 11.970-34, que modifica el *Código Penal* en materia de tipificación del femicidio y otros delitos contra las mujeres²⁶.

Finalmente, cabe recordar que el próximo informe de Chile ante el Comité de la Cedaw debe ser enviado el año 2022, lo que constituye un enorme desafío. Esperemos que para entonces los avances a esa fecha sean verdaderamente notorios y nos ubique en el rango que corresponde a un país verdaderamente democrático y respetuoso del principio de igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

- CAAMAÑO ROJO, E. (2010): "Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora", en *Revista de derecho*, (34): pp. 179-209. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000100005> [octubre, 2019].
- CALDERÓN QUINDOS, F. (2005): "La mujer en la obra de Jean Jacques Rousseau", en *Revista de Filosofía*, vol. 30: pp. 165-177.
- CASAS, L. y M. CASTAÑEDA (2018): "Violencia en contra de la mujer en sus relaciones de pareja: Diligencia debida: Femicidio, archivo provisional y decisión de no preservar en los casos de lesiones por violencia intrafamiliar", en *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Santiago, UDP, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, pp. 407-482. Disponible en www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2018/Casas-Violencia-Contra-Mujer.pdf [octubre, 2019].

²⁵ El Protocolo Facultativo de la Cedaw fue firmado por Chile el año 1999. Ingresó a tramitación en el Congreso el año 2001 y a la fecha no ha sido ratificado.

²⁶ Todas estas iniciativas se encuentran en segundo trámite constitucional en la comisión especial encargada de conocer iniciativas y tramitar proyectos de ley relacionados con la mujer y la igualdad de género del Senado.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES, OEA. Disponible en www.oas.org/es/cim/nosotros.asp [octubre, 2019].
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Cedaw (2018): “Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile. CEDAW/C/CHL/CO/7”. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHL%2fCO%2f7&Lang=en [octubre, 2019].
- CONDORCET, DE GOUGES, DE LAMBERT y otros (2011): *La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Barcelona, Alicia Puleo editora, Editorial Anthropos.
- GARCÍA BARZELATTO, A. (1975): “Los conceptos de hermandad y sociedad universal en el pensamiento cristiano primitivo”, en *Revista de Derecho Público*, N° 18: pp. 57-68.
- IRIARTE RIVAS, C. (2018). “La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, p. 65.
- LARA RUFANGES, J. (2016): *Esparta, modelo y mito: Características e influencia de una polis exclusiva*, tesis de grado en historia y patrimonio, Universitat Jaume I.
- MEDINA QUIROGA, C. (1995): “Violencia contra la Mujer y Derecho Humanos. El sistema internacional”, en *Cuadernos de Trabajo*, N° 1, Santiago, Universidad Diego Portales, pp. 53-62.
- MEJÍA, L. (2012). “La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención Belém do Pará. Impacto en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Revista IIDH*, (56): p. 190.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas. Los derechos humanos de las mujeres y la igualdad de género. Disponible en www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/WRGSIndex.aspx [octubre, 2019].
- ONU MUJERES (s/f): “Un poco de historia”. Disponible en www.unwomen.org/es/csw/brief-history [octubre, 2019].
- ACERCA DE ONU MUJERES. Disponible en www.unwomen.org/es/about-us/about-un-women [octubre, 2019].
- VILLAVICENCIO MIRANDA, L. y ZÚÑIGA FAJURI, A. (2015): “La violencia de género como opresión estructural”, en *Revista chilena de derecho*, 42(2): pp. 719-728. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000200015> [octubre, 2019].

Textos normativos

1. Derecho internacional

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Disponible en www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx [octubre, 2019].

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer. Disponible en www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html [octubre, 2019].

Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración de 1951. Disponible en www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100 [octubre, 2019].

Convenio N° 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación de 1958. Disponible en www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111 [octubre, 2019].

Convenio N° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981. Disponible en www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156 [octubre, 2019].

Convenio N° 183 sobre la protección a la maternidad de 2000. Disponible en www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183 [octubre, 2019].

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx [octubre, 2019].

2. Derecho nacional

Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, que modifica la Constitución Política de la República de Chile. Disponible en <http://bcn.cl/2a5al> [octubre, 2019].

Ley de Reforma Constitucional N° 19.611, establece la igualdad jurídica entre hombres y mujeres. Disponible en <http://bcn.cl/29f3v> [octubre, 2019].

Ley N° 20.607, que modifica el *Código del Trabajo*, sancionando las prácticas de acoso laboral. Disponible en <http://bcn.cl/29dbj> [octubre, 2019].

Ley N° 20.609, establece medidas contra la discriminación. Disponible en <http://bcn.cl/25b3o> [octubre, 2019].

Ley N° 20.820, que crea el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género y modifica normas legales que indica. Disponible en <http://bcn.cl/27tb7> [octubre, 2019].

Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil. Disponible en <http://bcn.cl/25o5w> [octubre, 2019].

Ley N° 20.480, que modifica el *Código Penal* y la Ley n.° 200666 sobre violencia intrafamiliar estableciendo el femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio. Disponible en <http://bcn.cl/272yc> [octubre, 2019].

Ley N° 20.786, modifica la jornada, descanso y composición de las remuneraciones de los trabajadores de casa particular, y prohíbe la exigencia de uniforme en lugares públicos. Disponible en <http://bcn.cl/29c8d> [octubre, 2019].

Ley N° 20.840, de 2015, que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional e inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional. Disponible en <http://bcn.cl/2brok> [octubre, 2019].

ACERCA DEL CONCEPTO
DE ESTEREOTIPOS EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS.
UN APORTE PARA EL ABORDAJE DE CAUSAS
DE VIOLENCIA A MUJERES*

ABOUT THE CONCEPT OF STEREOTYPES
IN THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS
SYSTEM. A CONTRIBUTION
TO THE APPROACH OF CAUSES
OF VIOLENCE TO WOMEN

*Ximena A. Gauché Marchetti***

RESUMEN: En el contexto del tema central de este número de la revista *Actualidad Jurídica*, “Mujer y Derecho”, el propósito de esta comunicación es presentar, de forma descriptiva, desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos en torno al concepto de estereotipos, con énfasis en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia

* Esta comunicación se enmarca en la investigación realizada por la autora como directora del Proyecto de Investigación Aplicada “Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad”, Proyecto Fondef Código ID17110111, adjudicado por la Universidad de Concepción, cuya entidad colaboradora es la Excelentísima Corte Suprema. La autora agradece a Gabriela Sánchez, Daniela Santana y Cynthia Sanhueza, profesionales de apoyo en labores de investigación en dicho proyecto, por su colaboración en la sistematización de parte de la bibliografía. De forma especial a Cynthia Sanhueza también por su colaboración en la edición de este documento.

** Abogada. Licenciada en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Concepción. Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Diplomada en Educación en Derechos Humanos por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (Costa Rica). Master Interuniversitario en Diplomacia y Relaciones Internacionales, por la Escuela Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Internacional, Derechos Fundamentales y Género, y como subdirectora de Equidad de Género y Diversidad de la Universidad de Concepción. Correo electrónico: xgauche@udec.cl

de violencia a mujeres y niñas. Este trabajo sostiene la utilidad de identificar los estereotipos que pueden presentarse en un caso sometido a juzgamiento y asume que los desarrollos internacionales en la materia son estándares internacionales que pueden ser observados por los tribunales domésticos en causas de violencia.

PALABRAS CLAVES: Mujeres - Género - Violencia.

ABSTRACT: The purpose of this text, within the context of “Women and Law”, is to present new expressions around the concept of stereotypes within current international law of human rights. There is emphasis on case law from the Inter American Court of Human Rights regarding violence to women and girls. This work affirms the worth of identifying stereotypes that could appear during a legal process and suggests that international standards could be also observed by domestic courts in cases of violence.

KEYWORDS: Women - Gender - Violence.

I. LA VIOLENCIA A LAS MUJERES COMO UN FENÓMENO SOCIAL DE HISTÓRICAS RAÍCES, A MODO DE INTRODUCCIÓN¹

En perspectiva histórica y como recuerda Kymlicka en su estudio sobre el feminismo como una teoría política, el confinamiento sufrido tradicionalmente por las mujeres tiene su anclaje en la creencia por parte de teóricos varones de todo el espectro político, de que existen “fundamentos naturales” para el confinamiento de ellas dentro y fuera de la familia y para que queden sujetas por ley y costumbre a sus maridos. Lo anterior significaba limitaciones en sus derechos civiles y políticos que se estimaban justificadas, pues estas eran poco aptas para tareas políticas o económicas fuera del hogar².

Simone de Beauvoir, por su parte, recuerda al introducir su obra *El segundo sexo* que así es desde Aristóteles, para quien la mujer es mujer en virtud de la falta de ciertas cualidades³.

Lo anterior explica en parte el lugar secundario que se ha dado tradicionalmente a las mujeres. Considerando que en la mayoría de las sociedades estatales existen sistemas de división y estratificación social, que si-

¹ Este apartado considera como referencia trabajos anteriores de la autora. En particular véase GAUCHÉ (2018b), pp. 37-66 y GAUCHÉ (2011).

² KYMLICKA (1995), pp. 260-261.

³ DE BEAUVOIR (1999), p. 18.

túan a ciertas categorías de personas por encima de otras y que determinan situaciones diferentes de prestigio, poder y riqueza, las mujeres son manifestación clara de tales divisiones y estratificación social⁴. Aunque durante mucho tiempo buena parte de los estudios desde las ciencias sociales se ocuparon preferentemente del sistema de estratificación y jerarquía social en función de la posición económica y la clase de las personas, en tiempos más recientes se reconoce que además de las diferencias económicas entre las personas existen, también, otras diferencias importantes, como las que se refieren al género

“que sitúan a los miembros de una sociedad en situaciones radicalmente diferentes en cuanto a sus expectativas o posibilidades de elegir y llevar adelante sus sueños y aspiraciones”⁵.

Según Iris Marion Young⁶ existen grupos de procesos claves en cómo se vive la desigualdad por quienes la padecen: la exclusión social y marginación; la explotación; el sentimiento de impotencia; el imperialismo cultural y la violencia. Desde ese enfoque, las mujeres han sufrido por años estas diversas manifestaciones de desigualdad en función de su pertenencia a este sexo y por la forma de construcción de las instituciones sociales, políticas y jurídicas, que se ha hecho sobre la idea de una pretendida abstracción y neutralidad del sujeto.

Ahora bien, de estas formas de expresión de desigualdad es la violencia la que interesa a los fines de este trabajo. Se trata de un problema que se manifiesta de diversas formas (violencia física, verbal, sexual, psicológica o institucional, por ejemplo) y que traspasa las barreras de lo sociocultural y de las diferencias entre países, así como los contextos en que se produce:

⁴ John Macionis y Ken Plummer dicen que la estratificación es el “sistema por el que una sociedad clasifica a los grupos de personas de una manera jerárquica”. Luego agregan que en toda sociedad hay cinco principios básicos de estratificación y desigualdad social: 1. La estratificación social es una característica de la sociedad, no simplemente un reflejo de las diferencias individuales. 2. La estratificación social persiste a través de las generaciones, pese a lo cual asumen la existencia de la llamada movilidad social que experimentan algunos individuos y que se referiría a los cambios en la posición de una persona en la jerarquía social aunque la mayoría de las personas en todo caso mantiene el mismo status social toda su vida. 3. La estratificación es universal pero variable, o sea, está presente en todas las sociedades en el mundo pero varía qué es y cómo se es desigual de sociedad en sociedad. 4. La estratificación social hace referencia no sólo a las desigualdades sino también a las creencias. 5. La estratificación social genera identidades compartidas que ubican a las personas en categorías sociales diferentes. MACIONIS y PLUMMER (2007), p. 190.

⁵ *Op. cit.*, p. 191.

⁶ *Op. cit.*, p. 192.

la pareja, la familia y lo doméstico; la sexualidad; el trabajo; la política; los conflictos armados; los espacios de salud y educación.

Siendo un fenómeno que persiste en el tiempo, la permanencia de la violencia hacia las mujeres encuentra parte de explicación en la visión del mundo de forma binaria y jerarquizada. Espacios y lugares solo para hombres (lo público) y espacios y lugares solo para mujeres (lo privado) También, estructuras de pensamiento dualistas que han puesto a lo “masculino” por sobre lo “femenino”⁷.

Esto ha derivado en la disociación de una serie de aspectos de la vida humana, calificados unos como mejores que otros. Así, la emocionalidad, los afectos y sus manifestaciones, las cuestiones domésticas del hogar o el hecho biológico de la maternidad, no han sido considerados como generadores de un gran aporte al desarrollo social (o aporte materialmente visible) siendo atribuidos preferentemente a las mujeres y, por tanto, valorados como menos importantes. Por su parte, la racionalidad, lo relativo a la producción, la economía y los recursos tangibles para el desarrollo se han relacionado primeramente al varón, recibiendo una notable mayor valoración social.

Esto ha permitido que se desarrollen prácticas determinadas que favorecen espacios de violencia. Una de ellas es el sexismo, entendido de una manera simple como la creencia de que el sexo propio, pensando desde el hombre es, por definición, superior y mejor. Tal práctica ha sido un elemento importante que ha contribuido a sostener modelos patriarcales como formas de organización social, las que validan que los hombres dominen, opriman y exploten a las mujeres y en la que se anclan múltiples formas de violencia.

Por lo expuesto y por su incidencia en la vida de las mujeres, el abordaje de la violencia ha sido un tema presente en las diferentes variantes del

⁷ La profesora de Teoría Jurídica Feminista Francis Olsen lo expuso de forma clara, ya en la década de 1980, refiriendo a la enorme cantidad de binarios, dicotomías o dualismos que estructuran el pensamiento y que se manifiestan en lo jurídico. Racional/irracional; activo/pasivo; pensamiento/sentimiento; razón/emoción; cultura/naturaleza; poder/sensibilidad; objetivo/subjetivo; abstracto/concreto; universal/particular. Dice la profesora que de este sistema de dualismos resultan importantes características. Primero, los dualismos están sexualizados: una mitad es femenina y la otra es masculina. Segundo, los términos de cada dualismo no son iguales, sino que están jerarquizados, siendo el término identificado como “masculino” el que es privilegiado como superior al que es “femenino” y, por tanto, inferior o hasta negativo. Tercero, el derecho se identifica con el lado “masculino” de los dualismos. Dice : “...Se identifica el derecho con los lados jerárquicamente superiores y “masculinos” de los dualismos. Aunque la “justicia” está representada como una mujer, según la ideología dominante el derecho es masculino y no femenino. Se supone que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos. Por el contrario, se supone que el derecho no es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres”. OLSEN (2000), pp. 25-43.

feminismo, permitiendo visibilizar y analizar la distribución del poder en la organización social y ver cómo esta tiene incidencia en las diferentes formas en que la violencia se expresa. Efectivamente, estudios de mujeres han favorecido la acumulación de conocimiento teórico para explicar la importancia de la diferencia sexual en el sistema de relaciones sociales y de poder. Las diferentes corrientes del feminismo se han caracterizado por una posición crítica con aquellas estructuras que producen desigualdad o violencia y por buscar explicar la realidad para develar los mecanismos y dispositivos de la opresión. Al conceptualizar la realidad han puesto al descubierto los elementos de subordinación y desventaja social que privan de recursos y derechos la vida de las mujeres y la hacen una víctima fácil de la violencia.

Con la influencia clave de la obra *El segundo sexo* empieza a madurar la categoría género que favorecerá una mirada más crítica a la sociedad y a las relaciones entre las personas. El género se levanta así como categoría descriptiva que permite visibilizar las diferencias y desigualdades existentes entre hombres y mujeres, y como categoría analítica que permite interpretar de manera más completa y precisa de los fenómenos sociales en torno a las políticas públicas, el desarrollo, la pobreza, las relaciones laborales, formas de producción, educación, participación social y política, y la violencia.

Por su carácter relacional, el género involucra, entonces, tanto a las mujeres y lo femenino como los varones y lo masculino y hace análisis de la dinámica entre ambos, sus tensiones e intersecciones, demostrando con evidencia histórica que lo masculino ha estado y continúa estando en posición de predominio. Lo anterior se traduce en una relación de poder que se expresa, a su vez, en un orden, un régimen y unas ideologías de género. En ellas lo femenino aparece como inferior y lo masculino como aquello que siendo superior, puede dominar, castigar o violentar legítimamente a lo inferior⁸.

⁸ Un orden de género remite al mundo de lo normativo, a las reglas formales e implícitas, que se construyen y reproducen en las instituciones sociales, en especial, en la escuela, la familia y los ámbitos laborales, fijando posiciones, roles y prescripciones diferenciales para varones y mujeres. Un régimen de género apunta a las prácticas cotidianas que se desarrollan en esos ámbitos y en las que se encarna y perpetúa un determinado orden de género, por ejemplo, que las mujeres asuman como propio el trabajo doméstico y la crianza de los hijos e hijas y los hombres el rol de proveedor. Las ideologías de género en tanto implican representaciones que, tanto en un plano simbólico como imaginario, justifican un determinado orden de género, estableciendo así una vinculación entre lo social y lo subjetivo. Se expresan tanto en las creencias de sentido común como en religiones, y también en discursos “científicos”. A lo largo de la historia, las ideologías de género han “naturalizado” las diferencias entre varones y mujeres, atribuyéndolas a cuestiones biológicas y, por ello, justificándolas como universales e inmutables. Importantes aportes para estas conceptualizaciones se encuentran en CONNELL (1987).

Como puede apreciarse, la violencia a mujeres es una constante anclada en las relaciones de poder asimétricas que históricamente se mantienen entre seres humanos, por la pervivencia de ciertas creencias de cómo estas relaciones deben ser y expresarse socialmente.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA VIOLENCIA A LAS MUJERES

La Carta de las Naciones Unidas de 1945 contiene una referencia al sexo en varios de los artículos que refieren a los derechos humanos e, incluso, en el preámbulo, a propósito de la no discriminación. Lo mismo se observa en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, también tanto en su preámbulo como en su articulado. El sentido fue marcar la importancia de la protección a las mujeres, por la histórica condición de vulnerabilidad en que han estado.

Estas consagraciones fueron un avance normativo para el fin de la primera parte del siglo xx, constituyendo referencias que manifestaban preocupación sobre ámbitos de la vida privada y de familia de las mujeres, usando expresiones genéricas para aquellos otros ámbitos del quehacer humano como el político, el económico, el educacional o el de la seguridad⁹.

No hay en tales instrumentos un abordaje específico de la violencia, fenómeno que normativamente será tomado varias décadas después, con la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw) y la Convención De Belén Do Pará, y a través de una serie de recomendaciones y declaraciones, así como del trabajo de órganos especializados. Esto es, en el marco de la preocupación por la especificidad de la protección y promoción de los derechos humanos de grupos sometidos a vulnerabilidad.

La Cedaw tuvo su antecedente en la Declaración Sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer¹⁰ y es uno los principales acuerdos internacionales sobre derechos humanos por la cantidad de Estados que lo han ratificado: 189 al año 2019¹¹.

Este importante tratado considera la necesidad de reconocer derechos para las mujeres en las esferas civil, política, económica, social y cultural y define la discriminación contra la mujer. En relación con las esferas en que

⁹ Véase también GAUCHÉ (2018), pp. 37-66.

¹⁰ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas como resolución 2263 (XXII) de 7 de noviembre de 1967.

¹¹ UNITED NATIONS (2019).

puede darse esta discriminación, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano de expertos que vigila el cumplimiento del tratado, ha sostenido en su recomendación general N° 12 de 6 de marzo de 1989, que se incluye la esfera familiar y también a la esfera laboral, lo que constituye a la violencia intrafamiliar y las diversas formas que asume y a los abusos sexuales ocurridos en el lugar de trabajo como parte de las formas más graves de discriminación contra la mujer.

Además, la Cedaw no solo se limita a consagrar un cuerpo de derechos para las mujeres, sino que insta a los Estados, como dice su artículo 2, a que sigan por todos los caminos adecuados y sin dilación, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer.

El artículo 5 apunta a que los Estados deben luchar por modificar patrones socioculturales de conducta entre hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Esta disposición es de gran relevancia, pues introduce, ya en 1979, una primera idea en torno a la necesidad de incorporar una transverzalización del género, lo que recién se asume institucionalmente para el año 1995 con ocasión de la Conferencia de Beijing. En efecto, como consecuencia de dicho encuentro internacional, Naciones Unidas comienza a hablar de perspectiva de género, refiriendo así al proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, incluso las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Ha sido concebida como una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad [sustantiva] entre los géneros lo que se ha mantenido vigente como parte del trabajo central de Naciones Unidas¹².

En el sistema interamericano, en tanto, en el Pacto de San José de Costa Rica se encuentra prohibida la discriminación por sexo. Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como Convención de Belem Do Pará, de 9 de junio de 1994, es el texto central al tema de este trabajo.

¹² ONU (2017b).

Tal Convención, refiere expresamente que una de las formas más claras de discriminación contra la mujer es la violencia y la define en su artículo 1° como

“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”,

incluyendo la violencia física, sexual y psicológica, y sea que provengan de un integrante de la unidad familiar o doméstica, de un miembro de la comunidad, o sea, que se cometa o se tolere por el Estado o sus agentes. Se habla de violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual; todas estas variantes pueden presentarse, de acuerdo con la Convención, tanto en la unidad doméstica como en la comunidad. Además, señala expresamente la violencia perpetrada por agentes del Estado. Como ha dicho una autora, la violencia de género, en el texto de la Convención, queda ejemplificada a partir del ámbito más pequeño (la pareja y la familia) al más amplio (que refiere a la intervención estatal)¹³.

Luego de enumerar varios derechos que en contexto de violencia se reconocen especialmente a la mujer, tales como: el derecho a la vida, a su integridad física, psíquica y moral o a la libertad, establece en el artículo 7 como deber central para los Estados, adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. La cuestión es relevante porque la misma Convención se encarga en su artículo 12 de señalar que se admiten denuncias ante la Comisión Interamericana por infracción a esa disposición, lo que supondría la potencialidad de llevar una demanda ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos¹⁴.

Otros instrumentos, muchos ya de larga data, teniendo fines inmediatos diversos y aun en algunos casos no siendo directamente parte de los sistemas de derecho internacional de derechos humanos, han ayudado a fortalecer un marco garantista de derechos en relación con ciertas situaciones que tienen directa relación con la violencia que puede afectar a mujeres o niñas en contextos específicos¹⁵.

¹³ TORRES (2015).

¹⁴ En el marco de su trabajo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha debido conocer casos de violencia grave ejercida contra mujeres en diversos contextos. Un estudio sobre la violencia contra las mujeres en el sistema interamericano se encuentra en CLÉRICO y NOVELLI (2015), pp. 247-321.

¹⁵ Entre ellos aparecen el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena; la Convención Suplementaria Sobre la Abolición de la

Por otra parte, en el marco de los mecanismos extraconvencionales de derechos humanos desarrollados en el sistema internacional, la cuestión de la violencia también ha sido abordada como tema relevante. Si bien tales mecanismos no forman parte estrictamente de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, su trabajo ha contribuido a precisar la importancia de la temática de la violencia a mujeres y su abordaje.

En el marco de los mandatos temáticos de Naciones Unidas hay esencialmente dos preocupados de situaciones de violencia que afecta a mujeres¹⁶: el relator especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y niños; y el relator especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Si bien no pueden establecer obligaciones concretas para los Estados, de su trabajo sí se puede obtener una panorámica sobre el estado de la cuestión a escala mundial, considerando en todo caso que se trata de informes de denuncia pública, de análisis y de detección de casos de discriminación y vulneración que en muchos casos provocan gran impacto político en las sociedades nacionales y, por esa vía, ayudan a mejoras en algunas situaciones críticas.

El trabajo de la relatoría sobre trata, grave forma de violencia que afecta desproporcionadamente a mujeres, ha permitido marcar la preocupación institucional sobre el hecho de que no se han abordado en suficiente medida las causas profundas de la trata, tales como: la pobreza, la alta tasa de desempleo juvenil y los problemas de demanda de mano de obra barata, las desigualdades entre los géneros¹⁷. Para 2017 el trabajo de esta relatoría abordó un agente determinante en este tema de la trata, como lo son las empresas y los donantes, especialmente vinculadas a las cadenas de suministro¹⁸.

Por su lado, el trabajo de la relatoría especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias ha puesto énfasis en la fuerte conexión que existe entre poder masculino y patriarcado con la violencia que afecta en varios ámbitos a la mujer, y cómo esto se valida, incluso, según ciertos

Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud; el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en Pornografía; el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños que Complementa la Convención de Naciones Unidas Sobre Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁶ En los ámbitos regionales también existen estas relatorías relacionadas con las mujeres. Así es el caso de la Relatoría de los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1994 y en el sistema africano la Relatoría Especial sobre los Derechos de la Mujer en África que depende de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

¹⁷ ONU (2009), párr. 96.

¹⁸ ONU (2017).

contextos determinados cultural y socialmente, en una expresa referencia a la teoría del choque de civilizaciones de Huntington y la imposibilidad de fundamentar violencia contra la mujer en supuestas bases culturales que rompen con los consensos adoptados en materia de derechos fundamentales¹⁹.

En general, de los informes de estas relatorías se desprende la gran cantidad de temas que entran en el mundo de violencia, lo que evidencia la gravedad del problema. La violencia contra una mujer puede provenir de actos muy diversos, algunos más propios del ámbito privado, del seno de la propia familia, la pareja o la vida sexual, con todo lo que supone para el equilibrio afectivo de la mujer y su bienestar integral. También, puede venir la violencia del ámbito de lo público, de la comunidad o aun del Estado. En algunos casos lo privado y lo público se mezcla, cuando se trata de prácticas pretendidamente culturales que son consentidas e, incluso, fomentadas por el Estado, como la mutilación genital femenina, lo cual en muchos casos hunde sus raíces en una cultura sexista y patriarcal que justifica la subordinación de la mujer. Otras manifestaciones de violencia se producen cuando hay matrimonios, embarazos, esterilización o abortos forzados, infanticidios femeninos, prácticas de esclavitud femenina y por supuesto, violencia doméstica. Esta última es especialmente grave y se ha definido como todos los actos de abuso físico, psicológico y sexual por razón de sexo cometidos por un familiar contra mujeres de la familia, desde la agresión simple hasta la agresión con lesiones físicas graves, el secuestro, las amenazas, la intimidación, la coacción, el acecho, la agresión verbal humillante, la entrada en el domicilio por la fuerza o el allanamiento de morada, la violencia sexual, la violación conyugal, el incesto, el proxenetismo de mujeres por parte de familiares y toda tentativa de cometer esos actos²⁰.

Estas conductas suponen patrones comunes: generan dolor tanto físico como psíquico; habitualmente (no siempre) es el hombre quien la despliega; es intencional y normalmente en público se reprime; persigue fines concretos como son el castigo, la intimidación o el menoscabo de la personalidad de la mujer, y suelen tener como causa la supuesta supremacía masculina, que justificaría la falta de sanción²¹.

¹⁹ ONU (2003), párr. 35-39.

²⁰ ONU (1999).

²¹ Aunque es preferentemente en el seno de estos dos procedimientos especiales en que se manifiesta una preocupación por la violencia a mujeres, lo cierto es que la transversalidad de la temática hace que se tome en cuenta de modo especial en el trabajo de otros relatores o grupos de trabajo de Naciones Unidas. Tal es el caso del relator para los derechos de los migrantes en cuyo mandato se pedía “tener en cuenta una perspectiva de género al solicitar

Así las cosas, el reconocimiento de la violencia a las mujeres, en sus diversas manifestaciones y contextos, es un tema eje del desarrollo institucional internacional a favor de los derechos humanos. En ese contexto, a su vez, el sistema interamericano de protección de derechos humanos ha debido pronunciarse frente a denuncias contra Estados partes, generadas por hechos violentos a mujeres, lo que le ha permitido desarrollar estándares sobre el tema que, en lo que interesa a este trabajo, consideran como relevante el concepto de estereotipos en la integración de elementos de análisis de los casos.

III. EL CONCEPTO DE ESTEREOTIPO DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE VIOLENCIA A MUJERES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Aproximaciones para una conceptualización de la noción de estereotipos.

Se puede conceptualizar el término estereotipos de género como aquellas representaciones construidas y fuertemente arraigadas, en función de las cuales se les asigna un atributo (positivo, negativo o mixto) de forma indiscriminada o generalizada al grupo de hombres, mujeres, homosexuales, transexuales u

y analizar la información, así como prestar atención a la incidencia de múltiples casos de discriminación y violencia contra las mujeres migrantes”. Doc. ONU E/CN.4/RES/1999/44. En otro caso, la relatora especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Gulnara Shahinian, ha dado especial énfasis en 2010 al terrible tema de la servidumbre doméstica, calificada como un problema mundial de derechos humanos, estableciendo que una de las causas profundas de esta esclavitud doméstica es la feminización de la pobreza y la discriminación por motivo de género que promueve estereotipos sexistas. Doc. ONU A/HRC/15/20, párrafo 11 y párrafos 63-68. En la misma línea se incluye el informe del relator especial sobre el Derecho a la Educación, Vernor Muñoz, de julio de 2010, que se dedica a la cuestión del derecho humano a la educación sexual integral, situándolo en el contexto del patriarcado, desde una perspectiva de género y de diversidad. Marca que el patriarcado es un sistema de ordenación social que impone la supremacía de los hombres sobre las mujeres, aunque también determina estrictos roles a los hombres e incluso divide a los géneros en contra de sí mismos, impidiendo además la movilidad social y estratificando las jerarquías sociales por lo cual es un sistema que causa y perpetúa violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, como son la violencia y la discriminación contra las mujeres. Doc. ONU A/65/162, párrafos 7 y 8. Como ha indicado una autora, la integración de los derechos de las mujeres en todo el sistema de las Naciones Unidas no es un objetivo fácil de realizar en la práctica “porque el método de trabajo de los distintos órganos se halla muy diversificado, y está, a su vez, condicionado por el grado de competencia o del mandato atribuido a cada órgano”. CASTRO-RIAL (2001), p. 308.

otros. Se refieren a la construcción o comprensión de los hombres y las mujeres, en razón de la diferencia entre sus funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Este es un término genérico que abarca estereotipos sobre las mujeres y los subgrupos de mujeres y sobre los hombres y los subgrupos de hombres. Su significado es fluido y cambia con el tiempo en torno a la cultura²². Es una visión generalizada o una preconcepción sobre características y atributos de los miembros de un grupo en específico, asumiendo que comparten las mismas características y ciertos roles que deben cumplir²³.

Para calificar una generalización como estereotipo, no importa si dichos atributos o características son o no comunes a las personas que conforman el grupo o si sus miembros, de hecho, poseen o no tales roles. El elemento clave es que, en tanto se presume que el grupo específico posee tales atributos o características o cumple con esos roles, se le atribuye a una persona una propiedad a cumplir por el solo hecho de pertenecer a él²⁴. Es difícil desligarse de los estereotipos de género, puesto que son generalizados²⁵, cuando estereotipamos no tenemos en consideración las características de una persona en particular²⁶. La asignación de estereotipos produce generalizaciones o preconcepciones de los atributos, características o roles de los miembros de un grupo en particular. De ello, muchas veces se derivan expectativas de comportamiento que la sociedad exige a las personas. Esto afecta tanto a hombres y mujeres, pero, como se ha dicho, las mujeres son las que se ven más afectadas, degradadas. Se les asignan papeles de serviles y se devalúan²⁷.

Ahora bien, aunque los estereotipos son categorizaciones de origen social, afectan lo jurídico. Pueden influir en la elaboración de una norma (que, si bien debe surgir de un proceso de deliberación democrática puede acoger una cierta preconcepción de las personas), en la determinación de la interpretación de una norma o, también, incidir en la realidad que se discute en un proceso judicial, normalmente afectando los derechos y la tutela judicial efectiva para la persona que resulta afectada por el estereotipo de forma negativa.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Cedaw exige la eliminación de los estereotipos perjudiciales de género con el fin de asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objetivo de garantizar el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

²² COOK y CUSACK (2009).

²³ *Ibid.*

²⁴ ARENA (2016).

²⁵ AZÓCAR (2015).

²⁶ COOK y CUSACK (2009).

²⁷ *Ibid.*

El Comité respectivo, en su recomendación general N° 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, señaló que el derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la Cedaw:

“es un elemento fundamental del estado de derecho y la buena gobernanza, junto con la independencia, la imparcialidad, la integridad y la credibilidad de la judicatura, la lucha contra la impunidad y la corrupción, y la participación en pie de igualdad de la mujer en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley (...) El derecho de acceso a la justicia es pluridimensional. Abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia”²⁸.

El Comité ha observado que los estereotipos de género son un obstáculo a la realización del acceso a la justicia de las mujeres, en un contexto estructural de discriminación y desigualdad²⁹, obstáculos que constituyen violaciones persistentes a los derechos humanos de las mujeres³⁰. Además, establece que en virtud del párrafo a) del artículo 5 de la Convención,

“los Estados partes tienen la obligación de exponer y eliminar los obstáculos sociales y culturales subyacentes, incluidos los estereotipos de género, que impiden a las mujeres el ejercicio y la defensa de sus derechos e impiden su acceso a recursos efectivos”³¹.

2. Los estereotipos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el marco de su trabajo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha debido conocer casos de violencia grave ejercida contra mujeres y niñas en diversos contextos³².

Ejemplos emblemáticos son un grupo de casos resueltos contra México en el año 2009. Se trata de González y otra o Campo Algodonero³³; Fernández Ortega y otros³⁴ y Rosendo Cantú y otra³⁵.

²⁸ CEDAW (2015), párr. 1.

²⁹ *Op. cit.*, párr. 3.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Op. cit.*, párr. 7.

³² Un estudio sobre la violencia contra las mujeres en el sistema interamericano se encuentra en CLÉRICO y NOVELLI (2015), pp. 247-321.

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009, sentencia Serie C 205).

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010, sentencia Serie C 215).

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (sentencia Serie C 216).

Antes, la Corte se aproximó a la temática de género en el caso penal Castro Castro contra Perú, fallado en 2006. En ese caso, la Corte se refirió a algunos alcances del artículo 5 de la Convención Americana en cuanto a los aspectos específicos de violencia contra la mujer, considerando como referencia de interpretación las disposiciones pertinentes de la Convención Belém do Pará y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ya que estos instrumentos complementan el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana³⁶.

El año 2009, la gravedad de los hechos de violencia a mujeres que motivan el llamado caso Campo Algodonero supone en todo caso un avance sustancial y la identificación de los estereotipos y sus efectos como parte de los elementos de contexto que se pueden considerar en casos de extrema violencia.

El caso se relacionó con la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición y ulterior muerte de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero de Ciudad Juárez el día 6 de noviembre de 2001. En su sentencia de noviembre de 2009, la Corte responsabilizó al Estado, aun cuando la violencia había sido ejercida por particulares, considerando el contexto de violencia en que estos se habían desarrollado y la actuación de las autoridades nacionales frente a la investigación de este caso de violencia que, además, involucraba a menores de dieciocho años.

En el fallo, la Corte valoró que la doble condición de las víctimas mujeres y pobres, fue el motivo por el cual los agentes estatales y los tribunales de justicia no cumplieron su labor de investigar e identificar a los responsables de los asesinatos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó el uso de estereotipos de género por parte de los órganos estatales, especialmente, tribunales de justicia. Señaló que se trata de una “pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”³⁷.

La Corte refirió que al momento de investigar la violencia algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran “voladas” o que “se fueron con el novio”, lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investi-

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006, Sentencia Serie C N° 160, del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 276.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009, González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas) párr. 401.

gación, le permitió concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Al respecto, el tribunal resalta lo precisado por la Comisión Interamericana en su informe temático sobre “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia” en el sentido de que la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales³⁸.

Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado, la Corte asoció la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el caso. Dice así que la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer³⁹.

Recientemente, dos nuevos casos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos han retomado la importancia de la identificación de los estereotipos en causas de violencia.

Se trata de los casos López Soto contra Venezuela y V.R.P, V.P.C y otros contra Nicaragua, ambos con sentencia de año 2018⁴⁰.

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 2, folio 1822).

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009, sentencia Serie C 205, párrafos 401 y 402).

⁴⁰ Un concepto más amplio y reciente es aquel dado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre violencia contra las personas LGBTI en las Amé-

En el caso *López Soto contra Venezuela* añadió:

“que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales”⁴¹.

En este caso, la Corte determinó que Venezuela es responsable por los hechos de tortura y violencia sexual sufridos por Linda Loaiza López Soto, todo ello en violación de disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. En particular, la Corte refuerza el concepto de estereotipo de género y aborda la obligación de debida diligencia estricta en la prevención de la violencia contra la mujer. En el caso, la víctima sufrió agresiones físicas, verbales, psicológicas y sexuales. En efecto, en casos de extrema violencia a mujeres se exige una debida diligencia reforzada que trasciende el contexto particular en que se inscribe el caso, lo que conlleva a la adopción de una gama de medidas de diversa índole que procure, además de prevenir hechos de violencia concretos, erradicar a futuro toda práctica de violencia basada en el género. Si bien no puede hacer responsable directo al Estado de lo que sufrió la víctima, este tuvo una reacción insuficiente y negligente a través de sus funcionarios públicos⁴².

El caso *V.R.P, V.P.C* y otros contra Nicaragua, en tanto, tuvo como antecedentes la falta de respuesta estatal frente a la violación sexual cometida por un actor no estatal contra una niña, quien al momento de los hechos tenía ocho años de edad y afirmó que el responsable sería su padre, así como las alegadas afectaciones a los derechos a la integridad personal, a la dignidad, vida privada y autonomía, a la igualdad y no discriminación y a la protección especial como niña, particularmente por el alegado incumplimiento del deber de investigar con la debida diligencia, en un plazo razonable y de manera acorde con una perspectiva de género y los deberes

ricas, en que el estereotipo ha sido definido como la visión o preconcepción generalizada de los atributos o características que los miembros de un grupo particular poseen, o de los roles que juegan o deben jugar. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015a), párr. 41.

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018, *López Soto y otros vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas) párr. 235.

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018), pp. 127-128.

estatales reforzados derivados de la condición de niña de la víctima, toda vez que esta habría sido gravemente revictimizada con un impacto severo en su integridad psíquica y en la de su madre y hermanos.

En este caso de nuevo la Corte recurre a relevar la necesidad de identificar los estereotipos que pueden incidir negativamente en la acción de la justicia. Dice específicamente que es necesario resaltar que el proceso penal por casos de violencia sexual lleva ínsito una serie de dificultades técnicas propias que hacen difícil su enjuiciamiento. Es común que existan escasas pruebas sobre lo sucedido, que el acusado afirme su inocencia, y que la discusión se circunscriba a la palabra de una persona contra otra. A ello se suman los prejuicios e ideas preconcebidas y estereotipadas propias del sistema patriarcal que existen en el imaginario social en torno a la violencia sexual. Los jurados son susceptibles de trasladar al procedimiento tales prejuicios e ideas y ser influenciados por ellos al momento de valorar la credibilidad de la víctima y la culpabilidad del acusado, condicionando de modo especial a quienes no poseen una capacitación especial en este tipo de delitos⁴³.

Aún más, afirma que el Estado debe adoptar e implementar capacitaciones y cursos, de carácter permanente, para funcionarios públicos que por su función en el sistema de administración de justicia trabajen con temáticas de violencia sexual y que dichas capacitaciones y cursos deben versar sobre estándares de debida diligencia en la investigación de casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes, así como su erradicación y las medidas de protección a adoptar, pero además, indicando que las capacitaciones deben impartirse desde una perspectiva de género y de protección de la niñez, tendente a la deconstrucción de estereotipos de género y falsas creencias en torno a la violencia sexual, para asegurar que las investigaciones y enjuiciamientos de estos hechos se realicen de acuerdo a los más estrictos estándares de debida diligencia⁴⁴.

IV. CONCLUSIONES

Conforme el propósito atribuido a este trabajo, se han presentado, de forma descriptiva, desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos en torno al concepto de estereotipos, con énfasis en cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha introducido este concepto, en apariencia ajeno al mundo del derecho, en causas en que ha tenido que resolver sobre la

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018, V.R.P, V.P.C y otros v/s Nicaragua), párr. 264.

⁴⁴ *Op. cit.*, párr. 392.

responsabilidad de Estados parte del sistema por graves hechos de violencia a mujeres y niñas.

De esta presentación ilustrativa y que en caso alguno agota la temática en que se inserta el trabajo, así como de los elementos teórico y conceptuales que se entregan sobre violencia y el concepto de estereotipos, ha quedado en evidencia la utilidad de identificar las preconcepciones de género –estereotipos– que pueden presentarse en un caso de violencia contra mujeres y niñas que suponen vulneración a los tratados internacionales de derechos humanos del sistema interamericano.

Ahora bien, este trabajo sostiene, además, que los desarrollos internacionales en la materia referida serían estándares internacionales que podrían ser observados por los tribunales domésticos en causas de violencia durante las distintas etapas del juzgamiento. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos define como estándares jurídicos

“al conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El término ‘estándares jurídicos’ asimismo, se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el sistema interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁴⁵

y la normativa y práctica jurisprudencial chilena favorece que se utilicen en tal carácter.

A la luz del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República de Chile, las normas que versan sobre derechos humanos consagradas en tratados internacionales son un límite a la soberanía y los órganos del Estado deben respetar y promover estos derechos debiendo conformar sus actuaciones en virtud de las obligaciones que impone la Constitución⁴⁶. Si bien existen discusiones relativas a la jerarquía que estas normas ocupan a escala doméstica, la mayoría de la doctrina –y de la jurisprudencia– parece estar de acuerdo en que estas normas ocupan una posición al menos supra legal e infra constitucional⁴⁷. De esta forma, las normas contenidas en esta

⁴⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015).

⁴⁶ *Constitución Política de la República de Chile* (1980), art. 6.

⁴⁷ Así, en tribunales ordinarios, sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago (5.01.2004), confirmada por unanimidad por la 2ª. Sala de la Excelentísima Corte Suprema rol 517-04 (17/11/2004) (desaparición forzada de Miguel Sandoval Rodríguez) considerando 47°. “Que... se concluye que si los tratados de derechos humanos fueron incluidos en la modi-

especie de tratados internacionales tienen aplicación preferente en el sistema jurídico nacional y obligan al juzgador a adoptar medidas para velar porque sus disposiciones tengan efecto útil en el ámbito interno, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no sería posible invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado⁴⁸.

Además de la justificación normativa que se ha expuesto, ello tiene también respaldo institucional para quienes ejercen justicia. La política sobre igualdad de género y no discriminación adoptada en febrero de 2018 por el Poder Judicial de Chile introdujo como ejes el enfoque de género en el acceso a la justicia y la no violencia de género, y como una dimensión la perspectiva de género en la administración de justicia⁴⁹. Todo ello, a su vez, en un marco normativo que indica que la forma en que el Sistema Internacional de Derechos Humanos reconoce los principios de igualdad y no discriminación, determina su consideración como el fundamento y guía hermenéutica de todas las normas de los sistemas nacionales e internacionales y en que se destaca el papel que le corresponde al Poder Judicial en la prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer, para lo cual, siguiendo a la Plataforma de Beijing de 1995, debe eliminar sesgos por razón de género en la administración de justicia⁵⁰.

Como queda de manifiesto, los desarrollos del sistema interamericano en materia de estereotipos de género constituyen un aporte que favorece las estrategias judiciales contra la violencia. Incluso más, la identificación del concepto puede servir también hermenéuticamente en otras materias en que se alega vulneración de derechos.

ficación constitucional... se infiere que éstos últimos necesariamente han de tener una mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional que el resto de los tratados internacionales". En jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sentencia en el requerimiento de inconstitucionalidad del Estatuto de Roma (8 de abril de 2002) y el dictum sobre la Jerarquía de los Tratados. Parte VI, párrafo 59 y siguientes: se pronuncia en el sentido que no puede un tratado de derechos humanos ser superior a la Constitución y si hay contradicción, ésta debería modificarse (considerando 74).

⁴⁸ Véase GAUCHÉ (2018a), pp. 175-202. La interpretación extensiva del referido artículo 5° inciso 2 de la *Constitución Política de la República* generada por la práctica jurisprudencial del máximo tribunal de nuestro país refuerza la idea de obligatoriedad de instrumentos que no son necesariamente vinculantes y la consideración de la idea de "estándares internacionales". GAUCHÉ (2018b), pp. 175-202.

⁴⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2018), pp. 50-53.

⁵⁰ *Op. cit.*, pp. 13-18.

La propia Corte Interamericana así lo ha dejado en evidencia cuando en otros casos, no vinculados a manifestaciones directas de violencia, pero sí de discriminación, también ha dado una aproximación conceptual a la idea de estereotipos.

Tal es el caso de dos sentencias del año 2012. Se trata de los casos *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*⁵¹ y de *Atala Riffo y niñas contra Chile*⁵². En este último caso indicó que la identidad de género o la orientación sexual no debe tener efectos en el cuidado y crianza de los hijos ni afectar el desenvolvimiento de la vida privada y familiar de las personas. El caso internacional contra Chile tiene su origen en una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema⁵³ por la que se priva de la tuición de sus hijas a una madre quien se había reconocido públicamente como lesbiana. En la condena a Chile, la Corte Interamericana se hace eco de los argumentos que Chile esgrimió para fundamentar en el interés superior la decisión del tribunal doméstico. Específicamente, la presunta discriminación social a las niñas (párrafos 115 a 122); la alegada confusión de roles (párrafos 123 a 131); el alegado privilegio de intereses de la madre por sobre las niñas (párrafos 132 a 140) y el alegado derecho a una familia “normal y tradicional” (párrafos 141 a 145) son todos argumentos que encierran un estereotipo en la forma en que la Corte Suprema los utilizó y que solo en la medida que es posible reconocer y aplicar el concepto de estereotipo se pueden explicar para justificar la discriminación que encerraron.

Entonces, parece manifiesto que conocer el concepto de estereotipo resulta indispensable si se quiere, de verdad, avanzar hacia la prevención, erradicación y sanción de la violencia a mujeres y niñas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENA, Federico José (2016): “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual”, en *Revista de derecho*, vol. 29, N° 1: pp. 51-75.
- AZÓCAR BENAVENTE, María José (2015): “Expertos en derecho: profesión legal, género y reformas judiciales en Chile”, en *Revista de derecho*, vol. 28, N° 2: pp. 9-29.
- CASTRO-RIAL, Fanny (2001): “Los Derechos de las personas en situación vulnerable: mujeres, niños, inmigrantes” en A. BLANC (ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal* (Madrid, Editorial Tecnos).

⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), párr. 295, 297, 303.

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), párr. 109, 111.

⁵³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2004), rol 1193.

- CLÉRICO, Laura y Celeste NOVELLI (2015): “B. Sistema Interamericano”, en E. CARMONA (ed.), *La Perspectiva de género en los Sistemas Europeos e Interamericano de Derechos Humanos, Cuadernos y Debates 243*, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 247-321.
- COOK, Rebecca y Simone CUSACK (2010): *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales* (Bogotá, Profamilia).
- CONNELL, R.W. (1987): *Gender and Power: Society, the person and sexual politics* (Cambridge, Polity Press).
- DE BEAUVOIR, Simone (1999): *El segundo sexo* (4ª ed., Editorial Sudamericana).
- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena (2018a): “Comentarios a la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Identidad de Género”, en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*: pp. 175-202.
- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena (2018b): “Violencia contra las mujeres en la agenda de paz y seguridad internacional”, en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, N° 132: pp. 37-66.
- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena, (2011): *Sexualidad diversa y discriminación. Una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos* (Alemania, Editorial Académica Española, ISBN 978-3-8465-6043-3).
- KYMLICKA, Will (1995): *Filosofía política contemporánea* (Barcelona, Editorial Ariel).
- MACIONIS, John y Ken PLUMMER (2007): *Sociología* (3ª ed., Madrid, Pearson Prentice Hall).
- OLSEN, Frances (2000): “El sexo del derecho”, en M. SANTORO y C. COURTIS (trad.), *Identidad femenina y discurso jurídico* (Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Editorial Biblos, colección Identidad, Mujer y Derecho), pp. 25-43.
- TORRES, Marta (2015): “Entre el silencio y la impunidad: violencia sexual en escenarios de conflicto”, en *Revista Estudios de Género La Ventana*, N° 41: pp. 73-112.

Otros documentos

- CEDAW (2015): CEDAW/C/GC/33, Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015): Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015a): Violencia contra las personas LGBTI en las Américas OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007 (expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 2, folio 1822).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Informe Anual 2018.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2018): Política de igualdad y no discriminación del Poder Judicial Chile.
- ONU (1999): E/CN.4/1996/53/Add.2, Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, relatora especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos.
- ONU (2003): E/CN.4/2004/66, Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias.
- ONU (2009): A/64/290, Informe de la relatora especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños.
- ONU (2017): A/HRC/35/37, Informe de la relatora especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños.
- ONU (2017b): E/RES/2017/9, Resolución aprobada por el Consejo Económico y Social, Incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y los programas del sistema de Naciones Unidas.
- UNITED NATIONS (2019): Disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en

Normas

Constitución Política de la República de Chile (1980).

Jurisprudencia

Internacional

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Serie C 205, de 16 de noviembre de 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Serie C 215, de 30 de agosto de 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Serie C 216, de 31 de agosto de 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Serie C N° 160, del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, de 25 de noviembre de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 16 de noviembre de 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Serie C 205, de 16 de noviembre de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso Atala Riffo y niñas contra Chile, 2015.

Judicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2004): Rol 1193.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2004): Rol 517-04.

MUJER Y DERECHO: LEGISLACIÓN Y REALIDAD

WOMEN AND LAW: LEGISLATION AND REALITY

*Marisol Turres**

RESUMEN: El trabajo tiene por finalidad analizar algunas leyes de discriminación positiva en Chile y sus efectos. Leyes analizadas: Ley N° 20.786, que modifica la jornada, descanso y composición de la remuneración de los trabajadores de casa particular, y prohíbe la exigencia de uniforme en lugares públicos, publicada el 27 de octubre de 2014. Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, publicada el 24 de julio de 2012. Ley N° 20.595, crea el Ingreso Ético Familiar para las familias de pobreza extrema y el subsidio de empleo de la mujer, publicada el 17 de mayo de 2012. Ley N° 20.545, que modifica las normas de protección a la maternidad e incorpora el permiso de posnatal paternal, publicada el 17 de octubre de 2011. Ley N° 20.533, que faculta a las matronas para recetar anticonceptivos, publicada el 13 de septiembre de 2011. Ley N° 20.507, que tipifica el delito de tráfico de niños y personas adultas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, publicada el 8 de abril de 2011. Ley N° 20.480, que modifica el *Código Penal* y la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, publicada el 18 de diciembre de 2010, estableciendo el femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio. Ley N° 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, publicada el 28 de enero de 2010. Ley N° 20.348, que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones entre mujeres y hombres, publicada el 19 de junio de 2009. Ley N° 20.399, que otorga derecho a sala cuna al trabajador, publicada el 23 de noviembre de 2009. Ley N° 20.255, que estableció la reforma previsional y otorgó a las mujeres un bono por hija e hijo nacido vivo, publicada el 17 de marzo de 2008. Ley N° 20.166, que extiende el derecho de las madres trabajadoras a amamantar a sus hijos, aun

* Abogada de la Universidad de Chile. Magister en Derecho económico y financiero UDD. Miembro del Consejo Asesor de Posgrados Derecho UDD. Ex diputada.

cuando no exista sala cuna, publicada el 12 de febrero de 2007. Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, publicada el 7 de octubre de 2005. Ley N° 20.005, que tipifica y sanciona el acoso sexual, publicada el 18 de marzo de 2005. Artículo 95 bis del *Código del Trabajo*, que establece sala cuna para trabajadoras temporeras, modificado el 16 de enero de 2003. Ley N° 19.591, que modifica el *Código del Trabajo* en materia de protección a la maternidad, publicada el 9 de noviembre de 1998

PALABRAS CLAVE: Mujer - Derecho - Leyes de discriminación positiva.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze some affirmative action legislation in Chile and their effects. Legal bodies analyzed: Laws analyzed: Law 20,786, which modifies the rest and composition of the remuneration of private home workers, and prohibits the requirement of uniform in public places, published on October 27, 2014. Law 20,609, which establishes measures against discrimination, published on July 24, 2012. Law 20,595, creates the Family Ethical Income for families of extreme poverty and the employment subsidy of women, published on May 17, 2012. Law 20,545, which modifies the rules of protection to maternity and incorporates the parental postnatal permit, published on October 17, 2011. Law 20,533, which empowers midwives to prescribe contraceptives, published on September 13, 2011. Law 20,507, which typifies the crime of child trafficking and adults and establishes norms for its prevention and more effective criminal prosecution, published on April 8, 2011. Law 20,480, which modifies the Criminal Code and the Law on Domestic Violence, published on December 18, 2010, establishing femicide, increasing the penalties applicable to this crime and amending the rules on parricide. Law 20,418, which sets standards on information, guidance and benefits in the field of fertility regulation, published on January 28, 2010. Law 20,348, which protects the right to equal pay for women and men, published on 19 June 2009. Law 20,399, which entitles the worker to the nursery, published on November 23, 2009. Law 20,255, which established the pension reform and granted women a bonus for daughter and son born alive, published on 17 March 2008. Law 20,166, which extends the right of working mothers to breastfeed their children even when there is no nursery, published on February 12, 2007. Law 20,066, on Domestic Violence, published on October 7, 2005. Law 20,005, which typifies and sanctions sexual harassment, published on March 18, 2005.

KEYWORDS: Woman - Law - Affirmative Action Legislation.

INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por finalidad contrastar, de manera modesta, por cierto, el objetivo perseguido con la dictación de leyes de discriminación positiva que persiguen proteger a la mujer, mejorar sus oportunidades y estimular su participación en la vida pública, en el mundo del trabajo, en su desarrollo integral como persona y las consecuencias de su aplicación. La realidad es que aún persiste una enorme brecha entre hombres y mujeres: dispar participación en el mundo laboral, en la jornada de trabajo, en sus remuneraciones y, en su inmensa mayoría, las mujeres llevan la responsabilidad en las tareas del hogar y cuidado y formación de los hijos.

En abstracto debería ser absurdo siquiera pensar en escribir acerca de la relación entre la mujer y el derecho. En abstracto no debería siquiera existir legislación especial que importara una discriminación positiva hacia las mujeres. En abstracto el artículo 1° de nuestra *Constitución Política* debería bastar al señalar que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y deberíamos convivir en una sociedad donde los roles, obligaciones, reconocimiento, oportunidades, remuneraciones, por mencionar algunos factores, están repartidos por igual. Pero la realidad siempre supera a la legislación, y quiero plasmar una visión que va más allá de lo estrictamente jurídico, la mirada humana de esta realidad desde los diferentes papeles que he desempeñado como abogado, exparlamentaria y como mujer.

ANTECEDENTES

Desde comienzos del siglo XX se ha legislado de manera discriminatoria en favor de la mujer, con el objetivo de mejorar su desventaja en las oportunidades de desarrollo en relación con los hombres, sin embargo, ha sido en los últimos quince años donde esta legislación ha crecido exponencialmente, a saber:

- Ley N° 20.786, que modifica la jornada, descanso y composición de la remuneración de los trabajadores de casa particular, y prohíbe la exigencia de uniforme en lugares públicos, publicada el 27 de octubre de 2014.
- Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, publicada el 24 de julio de 2012.
- Ley N° 20.595, crea el Ingreso Ético Familiar para las familias de pobreza extrema y el subsidio de empleo de la mujer, publicada el 17 de mayo de 2012.
- Ley N° 20.545, que modifica las normas de protección a la maternidad e incorpora el permiso de posnatal paternal, publicada el 17 de octubre de 2011.

- Ley N° 20.533, que faculta a las matronas para recetar anticonceptivos, publicada el 13 de septiembre de 2011.
- Ley N° 20.507, que tipifica el delito de tráfico de niños y personas adultas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, publicada el 8 de abril de 2011.
- Ley N° 20.480, que modifica el *Código Penal* y la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, publicada el 18 de diciembre de 2010, estableciendo el femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio.
- Ley N° 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, publicada el 28 de enero de 2010.
- Ley N° 20.348, que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones entre mujeres y hombres, publicada el 19 de junio de 2009.
- Ley N° 20.399, que otorga derecho a sala cuna al trabajador, publicada el 23 de noviembre de 2009.
- Ley N° 20.255, que estableció la reforma previsional y otorgó a las mujeres un bono por hija e hijo nacido vivo, publicada el 17 de marzo de 2008.
- Ley N° 20.166, que extiende el derecho de las madres trabajadoras a amamantar a sus hijos aun cuando no exista sala cuna, publicada el 12 de febrero de 2007.
- Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, publicada el 7 de octubre de 2005.
- Ley N° 20.005, que tipifica y sanciona el acoso sexual, publicada el 18 de marzo de 2005.
- Artículo 95 bis del *Código del Trabajo*, que establece sala cuna para trabajadoras temporeras, modificado el 16 de enero de 2003.
- Ley N° 19.591, que modifica el *Código del Trabajo* en materia de protección a la maternidad, publicada el 9 de noviembre de 1998¹.

El Estado comienza a tomar conciencia de las dificultades de las mujeres para compatibilizar vida familiar y laboral a principios del siglo XX, aunque los fundamentos de dicha protección inicial tienen relación con el hijo, no con la trabajadora. Así nace el derecho a amamantar y a sala cuna, ley N° 3.186 de 1917², y el descanso pre y posnatal de sesenta días poco tiempo después, decreto ley 442 en 1925, que comenzó a discutirse en 1920.

¹ MINISTERIO DE LA MUJER Y LA EQUIDAD DE GÉNERO, Leyes que benefician a las mujeres.

² Publicada en el *Diario Oficial*, 13 de enero de 1917.

Por otra parte, solo cerca de mediados del siglo pasado se le otorga a la mujer el derecho a sufragio, y a participar en la vida pública. Un buen resumen de dicho proceso nos cuenta:

“La extensión del voto a las mujeres fue motivo de debate desde la década de 1920. Sin embargo, la oposición de los partidos anticlericales y de izquierda, debido a la tendencia conservadora del electorado femenino, retardó por varias décadas más la concesión de ese derecho. En 1934 se aprobó el voto femenino para las elecciones municipales, y recién en 1949 se concedió el derecho a voto a las mujeres para las elecciones presidenciales y parlamentarias.

“Las mujeres participaron por primera vez en la elección presidencial de 1952, en donde fue electo Carlos Ibáñez del Campo. Desde entonces, su participación en los procesos electorales se fue ampliando progresivamente hasta llegar en 1970 a la paridad con los votantes masculinos”³.

Este hecho histórico permitió que mujeres valiosas y valientes pusieran sobre la mesa problemas hasta entonces inexistentes en la agenda pública. Como señalé, aunque la protección de las trabajadoras comenzó con el derecho a amamantar y a sala cuna en 1917, y posteriormente el derecho al descanso maternal, persistían y persisten aún, un siglo después, innumerables barreras de ingreso a una vida integral e integrada.

Tras el retorno a la democracia hemos sido testigo de importantes iniciativas en estas materias, lo que ha permitido visibilizar las referidas barreras: la mutación del Servicio Nacional de la Mujer a ministerio; se han transparentado las cifras de violencia contra la mujer; la creación de la figura del femicidio, que separó la muerte de la mujer en manos de su pareja o expareja, del homicidio de otros familiares; la creación de medidas cautelares especiales en nuestra legislación penal; ley de cuotas para algunos cargos de elección popular; ley de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres; políticas públicas de apoyo al emprendimiento, entre muchas otras. Cabe señalar que solo en la última década comienza a aparecer la preocupación por la protección de la familia, la revisión de los roles en la crianza y cuidado de los hijos o el equilibrio entre maternidad y trabajo, por dar algunos ejemplos.

La inserción de las mujeres en el mundo del trabajo no ha cambiado el hecho de que sigan siendo las principales responsables de las tareas domésticas y del cuidado y educación de los hijos, tal como concluye el informe de Desarrollo Humano del PNUD 2018⁴.

³ Museo Histórico del Presidente Gabriel González Videla, Servicio Nacional del Patrimonio Cultural, Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, “Mujeres con el derecho de voz y voto, VOTO FEMENINO EN CHILE.

⁴ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2011), p. 72.

Asimismo, existe una segregación sexual en el mercado del trabajo, donde las mujeres se concentran en el comercio, servicio doméstico, educación y en salud, en las labores de apoyo al trabajo de los médicos, sea como: auxiliares, enfermeras, arsenaleras, kinesiólogas, terapeutas ocupacionales o fonoaudiólogas.

Sin dejar de reconocer los avances legislativos y la visibilidad de los obstáculos que encuentran las mujeres en diversas áreas de su desarrollo, tema presente en diversas mesas de debate público y privado, el cambio cultural que Chile requiere no va de la mano con tales avances. Pareciera haber acuerdo en el diagnóstico y en las tareas a desarrollar, pero la implementación de tales normas pareciera chocar con barreras sociales y culturales muy difíciles de sortear.

Es por ello que me referiré a las leyes más importantes dictadas en los últimos tiempos y haré un contraste, desde las estadísticas y la voz de la calle, con los cambios que tal legislación ha generado.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR (LEY N° 20.066)

Sin duda que entre los mayores problemas sociales que enfrentamos se encuentra el abuso de la fuerza física y el ejercicio del poder a través de la violencia contra la mujer en el seno de la familia y de las relaciones de pareja.

El artículo 4° de la ley N° 20.066, Ley de Violencia Intrafamiliar, encomienda al Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género las siguientes tareas:

“Corresponderá al Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género proponer al Presidente de la República las políticas públicas para el cumplimiento de los objetivos de esta ley.

En coordinación y colaboración con los organismos públicos y privados pertinentes formulará anualmente un plan nacional de acción.

Para los efectos de los incisos anteriores, el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género tendrá las siguientes funciones:

a) Impulsar, coordinar y evaluar las políticas gubernamentales en contra de la violencia intrafamiliar;

b) Recomendar la adopción de medidas legales, reglamentarias o de otra naturaleza para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar;

c) Promover la contribución de los medios de comunicación para erradicar la violencia contra la mujer y realzar el respeto a su dignidad.

“Corresponderá al Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género prestar asistencia técnica a los organismos que intervengan en la aplicación de esta ley que así lo requieran”.

De acuerdo con estadísticas entregadas por el Ministerio Público, para el primer semestre de 2019, el número de ingresos por violencia intrafamiliar corresponde a 71 911 casos, destacando 32 587 de ellos por lesiones y 83 femicidios, distribuyéndose el resto entre: abusos sexuales, amenazas, homicidio, parricidio, maltrato habitual y otros delitos⁵.

Estas son cifras duras, frías, que no reflejan las reales consecuencias que la violencia intrafamiliar produce en los integrantes de la familia y en la sociedad, por cuanto no se trata solo de golpes, amenazas o muerte, no se acaba cuando pasa el hematoma o se sepulta a la víctima, o cuando aquella denuncia al agresor y comienza una vida separada; la violencia tiene un efecto transgeneracional, repitiéndose el modelo con los hijos. En efecto, los hijos de una familia donde se ejerce violencia suelen ser maltratadores de sus parejas, y mujeres cuyas madres fueron maltratadas suelen escoger, de manera inconsciente, parejas que las agreden. Del mismo modo, el agresor denunciado y apartado de su víctima, si no se somete a terapia, agredirá a las nuevas parejas que incorpore a su vida.

De las decenas o cientos de miles de mujeres agredidas, no todas se atreven a denunciar, y quienes lo hacen demoran años en tomar esta decisión. Son mujeres mutiladas, sin recursos económicos, redes de apoyo, confianza o autoestima para decir basta y terminar de raíz con su sufrimiento y el de sus hijos. Son mujeres, en su mayoría, con bajo nivel educacional, sin formación para el trabajo, dueñas de casa, dependientes económicamente del agresor. Muchas de ellas viven en sectores rurales, en islas, donde sus hogares están a distancias considerables de otras viviendas o de lugares poblados, no tienen ninguna posibilidad de encontrar trabajo o de emprender si no es con ayuda del Estado.

Ello pone de manifiesto que la legislación es insuficiente no solo para evitar que la violencia contra la mujer termine, sino que es insuficiente en cuanto no existan políticas públicas que realmente la protejan después de la denuncia y del alejamiento de la pareja. Claramente si las medidas cautelares no van acompañadas de herramientas concretas que eviten el acercamiento del agresor a la víctima, o que permitan poner sobre aviso a la mujer y a las autoridades, no cambian la realidad.

Una buena iniciativa en esta materia es un proyecto de ley presentado en 2014, *Boletín* N° 9715-07, que modifica las leyes N°s 19.968 y 20.066 para incorporar una medida cautelar especial en favor de las víctimas de violencia intrafamiliar y facultar al tribunal, en casos calificados, a controlar su cumplimiento por medio del monitoreo telemático, más conocido como tobillera o brazalete electrónico. Lamentablemente este proyecto, aprobado

⁵ *Boletín Estadístico Ministerio Público*, primer semestre 2019.

en la sala de la Cámara de Diputados en marzo de 2018, volvió a comisión para tramitar indicaciones y no ha registrado movimiento desde entonces ni tiene urgencia; mientras, las víctimas de femicidio han sumado varias decenas desde esa fecha⁶.

Organismos como el Fosis, Sercotec, Corfo y el propio Ministerio de la Mujer desarrollan programas de apoyo al emprendimiento femenino, pero debieran contemplar líneas de apoyo especiales para capacitar y empoderar en diversas áreas a este importante grupo de mujeres víctima de violencia intrafamiliar, otorgándole herramientas que les permitan hacerse cargo de sí mismas y de sus hijos. Del mismo modo, existen muchas iniciativas privadas de apoyo a la mujer emprendedora, pero debe tenerse presente que la mujer que ha sido violentada requiere, sin duda, un tratamiento distinto, intenso, interdisciplinario y más completo atendidas sus carencias de base.

En síntesis, no obstante haber avances sustanciales en materia legislativa, ello, por sí solo, no ha bastado para que las mujeres más vulnerables puedan ejercer de manera concreta los derechos que se les garantiza. Año tras año son más las mujeres que se atreven a denunciar, que buscan terminar con esta cadena de violencia, sin embargo, ni el Estado ni la sociedad chilena en su conjunto, les brinda las herramientas y el apoyo que aseguren su vida e integridad física, siendo todos nosotros testigos silenciosos de esta carencia. Sabemos que en muchos casos de femicidio existía denuncia previa y prohibición a agresor de acercarse a la víctima. Lamentablemente el Estado no cuentan con la debida protección y debemos lamentar cifras record en esta materia, lo que debiera avergonzarnos como sociedad.

LEY DE IGUALDAD SALARIAL (N° 20.348)

Dictada en el año 2009, establece:

“el empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funde entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”⁷.

Según datos revelados por *La Tercera*, desde que se promulgó la Ley de Igualdad Salarial la brecha solo ha disminuido 1,4 puntos porcentuales. Tra-

⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín* 9715-07.

⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, bcn.cl

ducido en ingresos, una trabajadora recibe en promedio mensual \$733 584 mientras que un hombre percibe \$837.686 por el mismo trabajo. En 2016 alcanzó un 14,3%, durante 2017 bajó a un 12,6% y al cierre de 2018 se encontraba en un 12,4%⁸.

“De acuerdo con datos entregados por la Superintendencia de Pensiones, las mujeres ganan 12,4% menos que los hombres, según sueldo imponible promedio. En pesca, administración de edificios y minería la brecha supera el 27%.”

Por otra parte, según datos entregados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), en 2018 el ingreso medio de los hombres en Chile fue de \$652 397 netos mensuales, cifra que es un 27,2% superior al de las mujeres, lo que supone una reducción de la brecha salarial de género en 2,1 puntos respecto a 2017, el mejor dato desde 2010.

Asimismo, el ingreso mediano –el que recibe un individuo representativo de la mitad de la población– de los hombres en 2018 fue de \$411 100, lo que implicó una brecha de 16,5% respecto al menor sueldo de las mujeres, dato que es cuatro puntos inferior al de 2017 y que también se supone el mejor desde 2010⁹.

En consecuencia, podemos concluir que tras diez años desde la dictación de la Ley de Brecha Salarial, la disminución ha sido mínima, lo que muestra la necesidad de un cambio cultural que no se ha producido por el solo ministerio de la ley, lo que exige ser más audaces y abordar las causas de tal discriminación y que claramente tienen relación con la maternidad.

Mientras continúe el castigo hacia la mujer por la sola posibilidad y por el hecho de ser madre, la brecha salarial seguirá existiendo. La negativa de algunos sectores políticos a abrir el debate sobre la flexibilidad laboral perjudica a las madres de hijos pequeños que viven problemas reales para compatibilizar su maternidad con el empleo remunerado.

Mientras nuestra sociedad no valore en su real dimensión el aporte de la mujer al desarrollo de la economía y tenga presente la importancia y dignidad de la maternidad, y en tanto los padres no asuman un papel más protagónico en la crianza y apoyo de los hijos durante su crecimiento, y compartan las responsabilidades domésticas a la par que su pareja, el mundo del trabajo seguirá prefiriéndolos, perjudicando las posibilidades de desarrollo de las mujeres.

Para muestra, vemos que en la vida diaria, desde las salas cunas, jardines y colegios llaman solo a la madre cuando se presenta cualquier inconveniente.

⁸ TORO (2019).

⁹ INE (2018).

niente con el niño; es la madre quien lleva a los hijos al consultorio, al médico, al dentista, quien va a los actos en sus establecimientos educacionales, etc. Es la madre la que concurre a las reuniones de apoderados y apoya a los hijos en el cumplimiento de los deberes escolares. En ese contexto seguirán siendo solo las mujeres las que requieran de permisos especiales para ausentarse durante su jornada laboral, siendo catalogadas como un problema. Iniciativas como la sala cuna universal¹⁰ serán una buena herramienta para apoyar el desarrollo de la mujer trabajadora, pero ninguna iniciativa basta si no existe un compromiso de toda la sociedad.

Bajo esta mirada fue aprobada y promulgada la ley N° 20.545, que modifica las normas de protección de la maternidad e incorpora el permiso de posnatal paternal, publicada el 17 de octubre de 2011, sin embargo, los hombres que hacen uso de este permiso son un porcentaje irrelevante.

Del mismo modo, y como una forma de proteger a los hijos pequeños y facilitar su cuidado, cuando este recae sobre el padre, el año 2009 se promulgó la ley N° 20.399, que otorga derecho a sala cuna al trabajador, publicada el 23 de noviembre de 2009, la que agrega los siguientes incisos octavo y final, en el artículo 203 del *Código del Trabajo*:

“El trabajador o trabajadora a quienes, por sentencia judicial, se le haya confiado el cuidado personal del menor de dos años, tendrá los derechos establecidos en este artículo si éstos ya fueran exigibles a su empleador.

Lo anterior se aplicará, además, si la madre fallece, salvo que el padre haya sido privado del cuidado personal por sentencia judicial”¹¹.

En relación con cargos directivos y gerenciales en el mundo privado, donde radica el poder de la toma de decisiones, la realidad es peor aún. El Informe Global sobre la Brecha de Género 2018 del Foro Económico Mundial es desalentador, por cuanto señala que solo un 34% de los cargos directivos en el ámbito mundial son ocupados por mujeres, independiente de que tengan iguales o mejor nivel de estudios que sus pares masculinos. En Chile la participación femenina no alcanza aún el 9% y existe una brecha salarial más grande que en otro tipo de trabajos.

Un artículo publicado en la página web del Foro Económico Mundial señala:

“En la carrera por el talento de alto nivel, una brecha salarial de género puede ser una desventaja. Comprender esta brecha requiere un poco

¹⁰ *Boletín* N° 11655-13. Senado.cl.

¹¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, bcn.cl

de investigación, y la paga del director ejecutivo nombrado (NEO) es un buen lugar para comenzar.

“Recientemente, volvimos a visitar nuestra base de datos de prácticas de remuneración ejecutiva mundial para explorar la igualdad salarial de género de los NEO para el índice S&P1500¹². Encontramos que la falta de mujeres en los niveles ejecutivos está creando una brecha salarial y perjudicando los posibles avances en la igualdad salarial de género. Las mujeres representan aproximadamente el 20 % de la composición de las juntas en la mediana del S&P 1500, y su ausencia es aún más pronunciada entre los NEO del S&P 1500.

Las mujeres representan:

5% de los CEO (directores ejecutivos)

11% de los CFO (directores de finanzas)

12% de los ‘otros’ NEO (director ejecutivo nombrado) (NEO que no sea CEO ni CFO)”.

Si bien las cifras varían por sector económico, en ninguno las mujeres superen el 30%. El sector de servicios públicos tiene la mayor representación femenina en los rangos de NEO, y el sector energético la más baja”.

Agrega el artículo:

“En general, las directoras ejecutivas ganan aproximadamente lo mismo o más que sus homólogos masculinos, aunque existen desafíos inherentes al comparar la pequeña muestra de directoras ejecutivas con la más grande de hombres en estos cargos.

Estos hallazgos se basan en la regresión de la remuneración directa total objetivo (target total direct compensation, TTDC), definida como el salario base más el objetivo de incentivo anual, más los valores de los incentivos a largo plazo y el valor de la empresa, la suma de la deuda y la capitalización de mercado.

Las directoras ejecutivas en organizaciones más pequeñas ganan casi lo mismo que sus homólogos masculinos, pero en las empresas más grandes, ellas reciben una prima. Esto difiere del concepto generalizado de que las mujeres ganan menos, pero las causas más probables son el grupo limitado de candidatas a directoras ejecutivas y la alta visibilidad de sus compensaciones. Si bien nuestros hallazgos para el resto de la población de los NEO son sorprendentes, se corresponden más con la narrativa tradicional sobre la disparidad salarial de género.

¹² Acrónimo de Standard & Poor’s 500, que incluye a las quinientas empresas más representativas de la Bolsa neoyorquina. La importancia de este índice, junto con el Dow Jones, es que juegan en la plaza financiera más importante del planeta: Wall Street.

Remuneración de los CFO

Aunque las directoras de finanzas en las organizaciones más pequeñas tienden a ganar un salario comparable al de sus colegas masculinos, entre las compañías más grandes comienza a surgir una brecha, y esta brecha aumenta con el tamaño de la compañía... Entre las empresas con un valor de más de 50 mil millones de dólares, la brecha promedio es de alrededor del 11 %¹³.

En nuestro país existe una política pública impulsada por el actual gobierno, y consiste en la creación de un registro de mujeres para directorios, respondiendo al compromiso establecido por el presidente Sebastián Piñera en la Agenda Mujer presentada en mayo de 2018.

Los objetivos de este registro son aumentar la participación de mujeres en posiciones de alta responsabilidad; aumentar la participación laboral femenina y disminuir la brecha salarial por la vía de visibilizar mujeres capacitadas, con experiencia y disponibles; y avanzar de manera más rápida en equidad de género en las empresas al tener más mujeres en los directorios.

En la misma línea, cabe tener presente que el nombramiento de mujeres en directorios de empresas SEP ha aumentado considerablemente durante la presente administración.

Temas como estos son imposibles de abordar desde una perspectiva puramente legal. La toma de decisiones sigue estando de manera mayoritaria en hombres y mientras ellos no amplíen su mirada y comprendan el aporte que la participación femenina hace a la economía, al PIB, y al ambiente laboral, atendidas las habilidades blandas que poseen en general, la brecha salarial y la desigualdad de oportunidades para las mujeres seguirá existiendo.

LEY DE CUOTAS (LEY N° 20.840)

De acuerdo con los datos entregados por el INE, en Chile hay un 51,05% de mujeres v/s 48,95% de hombres; sin embargo, las tasas de empleo, los cargos de poder o de toma de decisiones y las mujeres elegidas en cargos de representación popular están muy por debajo de aquellos porcentajes relativos.

Si tomamos en consideración que solo cerca de un 48% de las mujeres trabaja remuneradamente en contraste con tasas sobre el 70% en el caso de los hombres, y que las mujeres tienen una mayor carga de trabajo por las responsabilidades en el hogar y en la crianza de los hijos, es consecuente

¹³KLINE, ROMANYSHYN, NELSON: "Cómo cerrar la brecha salarial en tres pasos".

pensar en una menor incorporación política femenina como candidatas en los procesos electorarios. No obstante, resulta al menos curiosa la gran participación de mujeres militantes y simpatizantes de partidos políticos que apoyan y se comprometen en las campañas, demostrando que existe un interés real por la actividad política. Podemos quizá explicarnos esto porque el hombre cree que su tiempo es más valioso en términos monetarios al asumir una mayor responsabilidad económica en el mantenimiento del hogar. Así, los hechos muestran una gran participación femenina en los apoyos, no así en las candidaturas.

Otro dato es que históricamente los cargos directivos de los partidos y, por ende, la toma de decisiones, ha estado radicada en varones, y ello puede explicar por qué la inmensa mayoría de candidatos son hombres. Destacable es que algunos partidos tomaran la decisión de aplicar una ley de cuotas interna, pero fue la excepción.

Con el retorno a la democracia en el primer congreso fueron electas solo siete mujeres de un total de ciento veinte diputados. Para el periodo 2014-2018, el número había subido a diecinueve, representando un 15,83%, lo que revela un lento aumento en la representación femenina.

En el Senado, en 1990 asumieron solo tres senadoras. En la composición actual, donde el sistema proporcional aún no está en pleno régimen, de los 41 senadores, solo siete son mujeres, lo que corresponde a un 17%¹⁴.

Además los candidatos al Congreso han sido en su gran mayoría hombres¹⁵.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Cuotas aprobada en 2015 –que coincidió con el cambio del sistema binominal a uno proporcional– el número de diputadas subió a 33 de un total de 155 representantes, lo que significa un alza a un 21,29%.

Actualmente se encuentra en primer trámite constitucional un proyecto de ley iniciado en moción¹⁶, que modifica las leyes N°s 18.695 y 19.175, para establecer una cuota de género en las elecciones de gobernadores regionales, alcaldes y concejales. Esto no será tarea fácil atendida la multiplicidad de partidos políticos pequeños cuya participación en pactos electorales les otorga pocos cupos.

Es importante en este punto reconocer, asimismo, la importancia del financiamiento del Estado en la política y en las campañas, de conformidad con lo dispuesto en la ley N° 20.900, que modificó lo dispuesto en la ley N° 18.603. De esta forma, adquiere especial relevancia la obligación de destinar al me-

¹⁴ Páginas web de la Cámara de Diputados y del Senado.

¹⁵ SERVEL.

¹⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín* N° 11994-34.

nos un diez por ciento del total aportado a cada partido para fomentar la participación política de las mujeres. Del mismo modo, en el financiamiento de las campañas, las candidatas reciben un aporte un 50% mayor que los varones por cada voto obtenido¹⁷.

El análisis de las normas y los resultados obtenidos tras su implementación nos muestra que la existencia de cuotas, por sí sola, no garantiza una mayor obtención de escaños para las mujeres, quedando en evidencia que la ley no basta, toda vez que no solo se requieren cambios legales, sino importantes esfuerzos de los partidos políticos para que el cumplimiento de la ley no se traduzca en llenar cupos, sino en buscar buenas candidatas, incentivarlas a participar y ayudarlas a financiar sus campañas, atendido el hecho de que a las mujeres les cuesta más conseguir financiamiento.

INGRESO ÉTICO FAMILIAR (LEY N° 20.595)

Esta ley, publicada el 17 de mayo de 2012, crea el Ingreso Ético Familiar para las familias de pobreza extrema y el subsidio de empleo de la mujer.

El censo del año 2017 muestra que del total de hogares nucleares monoparentales, en un 84,9% de los casos es una mujer la jefa de hogar¹⁸.

En general, los hogares encabezados por una mujer muestran una mayor incidencia en el nivel de pobreza, correspondiendo a un 9,2% de acuerdo con los datos mostrados en la encuesta CASEN 2017¹⁹.

El mismo instrumento muestra que la incidencia de la pobreza y pobreza extrema en los hogares, por tipo de hogar, es mayor en las familias monoparentales, ascendiendo a un 10,7%, porcentaje que ha bajado fuertemente desde el año 2011, cuyo resultado era de un 25,7%.

Si bien los estudios de pobreza de los últimos años no revelan que la aplicación de esta ley sea la causa de la disminución de la pobreza de los hogares monoparentales, y que, como señalé, están mayoritariamente a cargo de una mujer, sí permiten visibilizar dónde y de qué forma se requiere la intervención del Estado para brindar mayores y mejores oportunidades de desarrollo a las mujeres.

¹⁷ Ley N° 20.900, para el Fortalecimiento y Transparencia de la Democracia, publicada en el *Diario Oficial*, 14 de abril de 2016.

¹⁸ Segunda entrega resultados definitivos Censo 2017.

¹⁹ Situación de pobreza, síntesis de resultados Casen 2017, de agosto de 2018.

PENSIÓN PARA LA DUEÑA DE CASA (LEY N° 20.255,
REFORMA PREVISIONAL, PUBLICADA EL 17 DE MARZO DE 2008)²⁰

Conocida es la actual crisis por la que atraviesa nuestro sistema de pensiones y, como en otras áreas, la baja participación de las mujeres en el mundo laboral hace que esta realidad sea más dramática aún para ellas.

La ley N° 20.255 estableció, entre otros, la Pensión Básica Solidaria, pensión de carácter no contributivo. Así, a una persona que cumple con los requisitos para acceder al Sistema de Pensiones Solidarias, que no pudo contribuir al sistema de capitalización obligatorio, y que no posee ningún otro tipo de pensión, el nuevo sistema le otorga la Pensión Básica Solidaria (PBS), que para este año asciende a la suma de \$110 201.

Es el caso de miles de mujeres que por diversas razones no cuentan con ahorro suficiente en el sistema de capitalización individual para poder obtener una pensión y que, por tanto, al cumplir 65 años se encuentran en situación de pobreza extrema en muchos casos, o dentro del 60% de la población de menores ingresos, cumpliendo con los demás requisitos exigidos por la ley.

Asimismo, esta ley o reforma previsional otorgó a las mujeres un bono por hija e hijo nacido vivo, que se suma mensualmente, en cifras muy bajas, a su pensión básica.

Una vez más debemos abordar la ley desde una perspectiva humana y social, y comprender los roles históricos que mayoritariamente desempeñaron las mujeres en nuestra sociedad, quienes tuvieron menores oportunidades de educación, de trabajo remunerado y de capacitación. Son mujeres que en su mayoría dedicaron su vida al cuidado del hogar, de los hijos y muchas veces, de los adultos mayores de la familia. Sin haber trabajado remuneradamente o con muchas lagunas previsionales y con una historia de vida, que muchas veces no obedeció a una elección, sino a una imposición, hoy viven consecuencias que se traducen en la pobreza y respecto de quienes su descendencia u otros familiares no se hacen cargo de su cuidado y mantención, así como tampoco lo hace el Estado.

La actual reforma al sistema de pensiones²¹, en tramitación en el Congreso Nacional, contempla un nuevo pilar de apoyo para las mujeres, teniendo por objetivo reducir la brecha de género existente en esta materia.

Tras ser aprobada, tendría una aplicación gradual durante cinco años, partiendo con un aumento parejo de un 10% para todas las pensiones de los mayores de 65. Los mayores de 85 años serán los más beneficiados.

²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, bcn.cl

²¹ CONGRESO NACIONAL, *Boletín* N° 12212-13.

La idea de este refuerzo femenino es compensar, aunque sea parcialmente, la menor participación que han tenido y tienen ellas en el mundo laboral, ya sea por discriminación, por nivel educacional o por la dedicación y cuidado hacia a su familia.

Para entender la propuesta debemos saber que se establece un aporte adicional para la clase media y las mujeres. Los beneficiarios son los pensionados de vejez del D.L. 3.500 que cumplan con un umbral mínimo de dieciséis años de cotizaciones en el caso de las mujeres y de veintidós años en el caso de los hombres. Por cada año cotizado (por sobre los veintidós años) a los hombres se les dará un bono mensual de 0,15 UF y a las mujeres 0,20 UF por cada año cotizado (por sobre los dieciséis años cotizados).

Por ejemplo, si un hombre trabajó veinticinco años, recibirá 0,45 UF extra todos los meses, lo que equivale a \$12.433. Ahora bien, si una mujer cotizó durante los mismos veinticinco años, recibirá \$49.356 extra todos los meses. Para ambos casos este aporte se le entregará una vez que jubilen.

Como es un proyecto aún en trámite, existe la posibilidad de que esta propuesta sufra cambios, pero estamos en presencia de la mayor reforma de las últimas décadas en materia de pensiones, y es alentador que el Estado se haga cargo de la enorme brecha entre hombres y mujeres en esta materia.

AMAMANTAMIENTO (LEY N° 20.166, QUE EXTIENDE
EL DERECHO DE LAS MADRES TRABAJADORAS A AMAMANTAR
A SUS HIJOS AUN CUANDO NO EXISTA SALA CUNA,
PUBLICADA EL 12 DE FEBRERO DE 2007)²²

Esta ley eliminó una discriminación existente entre mujeres que trabajaban en empresas con más o menos de veinte trabajadoras. De esta forma se modificó el artículo 206 del *Código del Trabajo*, disponiendo que el empleador otorgue una hora al día a la madre para alimentar a su hijo, en alguna de las siguientes formas a acordar entre ellos:

- a) En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo.
- b) Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones.
- c) Postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo.

Este derecho puede ser ejercido preferentemente en la sala cuna, o en el lugar en que se encuentre el menor. Para todos los efectos legales, el tiempo utilizado se considerará como trabajado.

²² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, bcn.cl

El derecho a alimentar no podrá ser renunciado en forma alguna y le será aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna, según lo preceptuado en el artículo 203 del mismo *Código*.

Tratándose de empresas que estén obligadas a lo preceptuado en el referido artículo 203 (sala cuna), el periodo se ampliará al necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimentos a sus hijos. En este caso, el empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la madre.

Al respecto solo me queda sugerir la posibilidad de que este derecho pueda ejercerlo el padre, sea que por sentencia judicial tenga a su cargo el cuidado personal del menor, como en el caso de la ley N° 20.399, que otorga el derecho a sala cuna para el hijo de un trabajador, o porque así lo deciden los padres de consuno.

SOCIEDAD CONYUGAL

Una de las materias en derecho de familia que no ha sido reformada conforme al requerimiento en materia de igualdad y no discriminación es el régimen supletorio de bienes en el matrimonio, esto es, la sociedad conyugal.

Bajo esta forma de administración es el marido quien tiene la calidad legal de “administrador de la sociedad conyugal”, quedando bajo su responsabilidad no solo los bienes sociales, sino, además, los bienes propios de la mujer (inmuebles aportados o adquiridos a título gratuito durante la sociedad).

Las reformas que han introducido nuevas figuras, como la del patrimonio reservado de la mujer casada, la separación de bienes, la exigencia de autorización de la mujer al marido para la enajenación y gravamen de bienes sociales y propios y el estatuto que protege la vivienda familiar, no han sido suficientes por cuanto la sociedad conyugal sigue siendo el régimen que regula la administración de los bienes durante el matrimonio.

Lo que se requiere en la actualidad es mantener la sociedad conyugal como sistema de administración comunitario, pero con un tratamiento de igualdad hacia la mujer, manteniendo el beneficio de su patrimonio reservado, habida consideración de su mayor dedicación y esfuerzo en las labores en el hogar común y en el cuidado de los hijos.

Existen en el Congreso varios proyectos de ley que tienen por objetivo producir cambios en el régimen actual:

Boletín n.° 11313-18, moción parlamentaria presentada en julio de 2017, que en su artículo primero elimina del inciso primero del artículo

1749 del *Código Civil* la expresión “y los de su mujer”, quedando dicho inciso primero con el siguiente texto:

“El marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales; sujeto empero, a las obligaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales”.

Asimismo, elimina el inciso final del artículo 1754 del *Código Civil*²³. *Boletín* N° 10421-18, moción parlamentaria presentada en 2015, que persigue permitir a los contrayentes casados bajo el régimen de sociedad conyugal una administración conjunta e indistinta entre el marido y la mujer, salvo que opten porque la comunidad sea administrada exclusivamente por el marido o la mujer²⁴.

Boletín N° 9300-07, proyecto de ley, iniciado en moción parlamentaria que faculta a los contrayentes para pactar, en el acto del matrimonio, la administración de la sociedad conyugal por la cónyuge y establece el principio de igualdad ante la ley de los cónyuges como criterio hermenéutico de aquel régimen patrimonial²⁵.

Boletín N° 7567-07, proyecto de ley originado en un mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el *Código Civil* y otras leyes, regulando el régimen patrimonial de la sociedad conyugal.

Este último proyecto es el de mayor envergadura que se haya presentado en las últimas décadas. Fue impulsado por la exministra de la Mujer, Carolina Schmidt, durante el primer gobierno del presidente Sebastián Piñera. Su tramitación completó el primer trámite legislativo siendo aprobado tanto en general como en particular, en la sala de la Cámara de Diputados.

En el Senado no tuvo urgencia ni apoyo del Ejecutivo durante la segunda administración de la presidenta Michelle Bachelet. Se encuentra desde octubre de 2018 en tramitación en la comisión especializada.

Las propuestas generales del referido proyecto son las siguientes:

- a) Mantiene la sociedad conyugal como régimen legal supletorio y en su carácter de régimen de bienes de comunidad de ganancias.
- b) La administración del haber social puede recaer en ambos contrayentes o en cualquiera de los cónyuges de común acuerdo al momento de celebrar el matrimonio, modificando las referencias al marido y la mujer, siendo estas expresiones reemplazadas por los conceptos

²³ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín* N° 11313-18.

²⁴ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín* N° 10421-18.

²⁵ SENADO, *Boletín* N° 9300-07.

de “cónyuge administrador” y “cónyuge no administrador”. La administración conjunta será la modalidad supletoria si las partes nada dijieran al momento de la celebración del matrimonio.

- c) El cónyuge administrador debe ser autorizado por el cónyuge no administrador para los mismos actos que hoy se establecen para la administración del marido en el art. 1749 del *Código Civil*, pero se suman los bienes muebles, los que hoy pueden tener un valor incluso mayor que algunos inmuebles.
- d) Elimina el haber relativo: los bienes que lo componían pasan a ser bienes propios del marido o de la mujer. De esta manera el haber social estaría compuesto únicamente por los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad.
- e) La mujer que trabaja de forma remunerada mantiene el derecho a un patrimonio reservado, con los mismos beneficios que existen actualmente, en el caso de que sea el marido el cónyuge administrador.
- f) La sociedad conyugal queda como régimen supletorio en el caso de matrimonios celebrados en país extranjero.

El régimen de comunidad de bienes deja en desventaja a la mujer, más aún si el marido es un mal administrador, por lo que se hace imprescindible que el Ejecutivo priorice esta reforma al sistema que va en la línea de lo declarado al inicio del actual periodo presidencial.

CONCLUSIONES

La fuerza y perseverancia de las mujeres organizadas han logrado que los temas relevantes que denotan una discriminación en su contra hayan sido puestos en la agenda de los últimos gobiernos e impulsado una agenda legislativa tendiente a reconocer derechos y a terminar con las barreras de discriminación que encuentran para acceder al mundo laboral y encontrar un desarrollo integral más allá de la histórica labor de dueña de casa y madre.

Sin embargo, la sociedad toda no ha estado a la altura. En la actualidad se celebran cada vez menos matrimonios y la mayoría de los niños nace fuera de él. Existe un alto porcentaje de hogares monoparentales donde la mujer es la jefa de hogar.

Los cambios culturales que requieren una participación más igualitaria de los varones en las tareas del hogar y crianza de los hijos no se han dado con la celeridad necesaria, especialmente en las familias con menor nivel educacional. Cuando la mujer comenzó a salir de la casa buscando un trabajo remunerado, el hombre no asumió de manera paralela las responsa-

bilidades del hogar común, sino, por el contrario, las mujeres sumaron más tareas. Lo anterior es más complejo aún si tenemos en consideración la alta tasa de mujeres jefas de hogar, que cumplen una mutiplicidad de roles dentro y fuera del hogar.

Los cambios que se requieren, más que pasar por reformas legales y afinar políticas públicas requieren una mayor conciencia del lugar que hombres y mujeres tenemos en la sociedad actual y por relevar al lugar prioritario y de honor que debe tener la maternidad, dejando de verla como un obstáculo para el desarrollo de una actividad económica para dar lugar a la mirada de admiración por la dedicación y desgaste que significa el privilegio de ser madre.

Hoy la tasa de natalidad es de apenas un 1,3 hijos por cada mujer en edad fértil, lo que acarreará grandes problemas de financiamiento del Estado en pocos años más, con una tremenda carga de adultos mayores.

Solo en la medida que en nuestro país se reconozca el valor integral y el aporte de las mujeres al desarrollo de una nación, podremos reconocernos como una nación que avanza hacia el desarrollo, y como una sociedad que busca la felicidad de sus integrantes, la que no está representada por el conjunto de bienes que pueda adquirir, sino con la tranquilidad de que podrá disfrutar de su vida familiar, educar a sus hijos, satisfacer sus necesidades básicas y buscar un desarrollo personal.

BIBLIOGRAFÍA

INE (2018): Encuesta Suplementaria de Ingresos (ESI), que fue aplicada en el trimestre octubre-diciembre de dicho año.

KLINE, Steve, Senior Director; Willis Towers Watson, Pittsburgh; Nancy ROMANYSHYN, Director, Rewards Practice, Willis Towers Watson, New York; Erik NELSON, Director, Willis Towers Watson, Houston: "Cómo cerrar la brecha salarial en tres pasos", World Economic Forum.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2011): *Desarrollo humano en Chile. Género: los desafíos de la igualdad 2010* (Santiago), p. 72.

TORO Pía (2019): *La Tercera*, 19 de febrero.

ESTUDIOS Y ENSAYOS



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

FORTALECIMIENTO
DEL ESTADO DE DERECHO
Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PANEL: “EXPERIENCIAS CON EL AMPARO
CONSTITUCIONAL: VENTAJAS Y DESVENTAJAS”
SANTIAGO, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL,
31 DE JULIO DE 2019

THE STRENGTHENING
OF THE RULE OF LAW
AND THE CONSTITUTIONAL COURT
PANEL: “EXPERIENCES ABOUT THE CONSTITUTIONAL
WRITS OF PROTECTION OF
FUNDAMENTAL RIGHTS:
ADVANTAGES AND DISADVANTAGES”
SANTIAGO, CONSTITUTIONAL COURT, JULY 31ST, 2019

*José Manuel Díaz de Valdés Juliá**

RESUMEN: El ponente presenta tres tesis. Primero, los amparos constitucionales varían en tal forma que sus ventajas y desventajas deben analizarse según las particularidades de cada caso. Segundo, numerosas críticas al recurso de protección emanan de una incomprensión de su naturaleza cautelar y de las características especiales de la litigación sobre derechos fundamentales. Tercero, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha venido a reforzar y complementar la defensa de los derechos fundamentales ofrecida por el recurso de protección.

PALABRAS CLAVE: Amparo constitucional - Recurso de protección - Recurso de inaplicabilidad - Tribunal Constitucional.

* Doctor en Derecho, Universidad de Oxford. Magister en Derecho, Universidades de Harvard, Cambridge y Pontificia Universidad Católica de Chile. Director del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

ABSTRACT: The author advances three thesis. First, constitutional writs may vary to such an extent that analysis about their advantages and disadvantages have to be case-sensitive. Second, much criticism against the *Recurso de Protección* comes from a defective understanding of its protective and urgent nature, and of the specific characteristics of the litigation about fundamental rights. Third, the *Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad* has come to reinforce and complement the defense of fundamental rights offered by the *Recurso de Protección*.

KEYWORDS: Constitutional Writs - Inapplicability Constitutional Remedy - Constitutional Court.

I. AGRADECIMIENTOS

Quisiera comenzar agradeciendo al Tribunal Constitucional, en la persona de su presidente y de los ministros presentes, la invitación para exponer en este seminario junto a tan distinguidos expositores nacionales y extranjeros.

II. INTRODUCCIÓN

En esta ponencia, me gustaría desarrollar brevemente tres tesis principales. La primera es que bajo el rótulo de “amparo constitucional”, es posible encontrar una gran variedad de situaciones. Por lo mismo, las ventajas y desventajas de esta institución –título de este panel– se encuentran íntimamente ligadas a las características particulares del amparo constitucional del que estemos hablando.

La segunda hipótesis, es que parte importante de las críticas e insatisfacciones asociadas a nuestro actual recurso de protección, emanan de una general incomprensión respecto a dos elementos fundamentales:

- i) su carácter cautelar y
- ii) las profundas transformaciones exigidas por la litigación sobre derechos fundamentales.

La tercera hipótesis es que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha venido, en los hechos, a complementar la defensa de los derechos fundamentales ofrecida por el recurso de protección.

Terminaremos con las conclusiones correspondientes.

III. PRIMERA TESIS:

VARIACIONES DE AMPAROS CONSTITUCIONALES Y DIVERSIDAD DE VENTAJAS Y DESVENTAJAS¹

Comencemos señalando que, para efectos de esta ponencia, utilizaremos la noción de amparo constitucional en un sentido amplio. Así, parafraseando el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se trataría de cualquier acción o recurso ante tribunales, ordinarios o especiales, que permita garantizar y proteger la titularidad y el ejercicio de derechos fundamentales².

Si bien esta institución se ha expandido, tanto en los derechos protegidos como en las jurisdicciones que lo reconocen, existen diferencias importantes entre las modalidades que presenta en diversos países.

Sin intentar ser exhaustivo, consideremos aquí solo tres preguntas y algunas consecuencias inmediatas que se siguen de ellas:

1. *¿Quién crea el amparo constitucional?*

Existente diversas alternativas: puede ser la Constitución, el legislador, la jurisprudencia o, incluso, el derecho supranacional o internacional.

Ahora bien, de la definición de este factor se siguen importantes y diversas consecuencias. Así, por ejemplo, si lo crea el legislador, queda sujeto a actuales y futuras limitaciones y excepciones impuestas por el mismo legislador. En contraste, esto no ocurriría si el amparo es de creación constitucional.

Respecto a los amparos supranacionales, sus dificultades son conocidas, tanto en el ámbito doméstico –donde los tratados internacionales difícilmente se consideran suficientes para crear una nueva acción procedimental en el ámbito interno–, como en el ámbito supranacional, donde existe abundante doctrina sobre las dificultades propias de tal jurisdicción (falta de *accountability* democrática, “lejanía” sociológica, alto costo de litigación, necesidad o exceso del “margen de apreciación”, etcétera)³.

2. *¿Contra quién puede dirigirse el amparo constitucional?*

Estas acciones normalmente se pueden entablar, como mínimo, en contra de la Administración del Estado. Adicionalmente, existen alternativas comple-

¹ Véase FERRER (2006); NOGUEIRA (2010); FIGUERUELO (2011).

² En Chile son más comunes las definiciones del recurso de protección, e.g., MOSQUERA y MATURANA (2014) p. 411; RÍOS (1993), p. 905.

³ Véase SAGÜES (2003), quien ejemplifica esta dificultad con casos de Perú y Argentina.

mentarias muy relevantes: ¿Contra el legislador? ¿Contra los jueces? ¿Contra otros particulares?

Este elemento es absolutamente crucial. Por ejemplo, si se acepta el amparo constitucional en contra particulares, nos encontramos frente a una aplicación directa del efecto horizontal de los derechos fundamentales, con todo lo que ello conlleva (conflictos entre derechos, etc.). Esto es otra forma de litigación, como veremos más adelante.

Por otra parte, si el amparo constitucional se puede deducir en contra resoluciones judiciales, nos arriesgamos a convertirlo en una suerte de instancia adicional, con los subsecuentes problemas de “atochamiento” (como se observa en las experiencias de España y Colombia⁴) e, incluso, de afectación de la autonomía de los tribunales ordinarios de justicia⁵.

A su vez, si se permite deducirlo contra el legislador, nos adentramos en la quintaesencia de la justicia constitucional tradicional o kelseniana, propia de los tribunales constitucionales. Cobra, entonces, importancia quién conoce del amparo, cuestión que veremos a continuación.

3. ¿Quién conoce del amparo?

En términos generales, podemos distinguir sistemas en que el amparo se presenta ante jueces de primera instancia, ante instancias superiores (Chile), o ante la judicatura constitucional especializada.

Algunos ejemplos de las consecuencias de esta opción son que normalmente los jueces de primera instancia pueden ser más cautos, o mostrar menor formación, para lidiar con cuestiones de derechos fundamentales, crítica frecuentemente escuchada en Chile⁶. A su vez, el conocimiento de estas acciones por tribunales constitucionales asegura especialidad y conocimiento, pero no necesariamente celeridad.

En conclusión, cada opción que tomamos al diseñar un amparo constitucional presenta diversas ventajas y desventajas asociadas, por lo mismo, más que hablar de ventajas y desventajas generales y abstractas, debe mirarse cada amparo en concreto.

⁴ Véase GARRO (2006) y FIGUERUELO (2011) para el caso de España y CALDERÓN, PULIDO y JARA (2015) para el caso de Colombia. En Chile, véase SOTO (1982) pp. 350-352.

⁵ CALDERÓN, PULIDO y JARA (2015).

⁶ NOGUEIRA (2010), LARROCAU (2019), SALAS (2018), LETURIA (2018).

IV. SEGUNDA HIPÓTESIS: INCOMPENSIÓN DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

Señalábamos que nos concentraríamos en dos incomprensiones principales: su carácter cautelar y las profundas transformaciones exigidas por la litigación sobre derechos fundamentales.

1. El carácter cautelar del recurso de protección

La naturaleza cautelar del recurso de protección define su objeto principal: proteger derechos fundamentales con rapidez, normalmente manteniendo el *statu quo*. Este propósito debe servir de criterio ordenador del recurso y, del mismo modo, moderar las expectativas existentes.

Es cierto que existe una crítica extendida a la falta de profundidad doctrinaria de los fallos de protección. En ellos, rara vez nos encontramos con reflexiones profundas sobre los conflictos a resolver, o creaciones dogmáticas acerca del contenido de los derechos afectados, o acerca de sus límites, o sobre cómo resolver conflictos entre ellos. Tampoco el diseño de “test” o estándares que otorguen orientación a los diversos actores jurídicos, como en el mundo anglosajón.

Sin embargo, parece injusto exigir tal nivel de reflexión y creación jurisdiccional a acciones cuyo propósito inmediato es la pronta solución del problema urgente de derechos fundamentales que se ha presentado al tribunal. No es la sede ideal para la reflexión pausada, sino por el contrario, es la sede pragmática que otorga protección con rapidez.

Desde una perspectiva complementaria, la velocidad que exigimos al recurso de protección, así como el volumen de causas⁷, son incompatibles con la labor de profunda y alta reflexión dogmática a que algunos aspiramos.

En conclusión, debemos comprender que el recurso de protección se debe a su objeto: protección eficaz de derechos fundamentales y no alta reflexión jurídica. Se dirá que ambos no son incompatibles. En teoría no, pero en la práctica me parece que sí, salvo las honrosas excepciones que siempre pueden existir.

⁷ Entre los años 2008 y 2018, ingresaron 226 237 apelaciones de recursos de protección a la Corte Suprema, siendo falladas 222 688. Véase www.pjud.cl/cuadro-resumen-estadisticas- anuales-del-poder-judicial-ano-2007-a-2015 [fecha de consulta: 4 de octubre de 2019].

2. Las profundas transformaciones exigidas por la litigación sobre derechos fundamentales

La litigación sobre derechos fundamentales es muy diferente a la litigación tradicional (civil, penal, etc.)⁸. Siendo extremadamente sintético, esta litigación se fundamenta en normas de gran abstracción, que requieren intensa interpretación, cuyo resultado puede diferir notablemente entre:

- i) sistemas jurídicos;
- ii) jueces dentro del mismo sistema jurídico;
- iii) sentenciadores y la opinión pública;
- iv) sentenciadores y los legisladores, etcétera.

En síntesis, se trata de una litigación que exige mucho más del juez, y que lo expone a la crítica.

Consecuencia de ello es que se haya cuestionado constantemente la capacidad de los tribunales para decidir casos de derechos fundamentales, así como también su legitimidad para hacerlo⁹.

Ahora bien, el recurso de protección es nuestra principal acción judicial de garantía de derechos fundamentales. Aquella, según el profesor Larroucau¹⁰, ha transitado por tres etapas marcadas. En la primera, se habría dirigido contra actos administrativos en cuanto verdadero contencioso administrativo. En la segunda, se habrían masificado las protecciones en contra de actos particulares. En la tercera, se habría reclamado una jurisdicción universal. Si bien no estoy de acuerdo con la existencia de esta última época, quiero retomar lo afirmado respecto de la segunda etapa.

Si la litigación sobre derechos fundamentales es de suyo compleja para las Cortes, no cabe duda que la litigación sobre conflictos de derechos fundamentales (común en recursos de protección contra particulares) lo es mucho más. No se trata solo de que su naturaleza y forma de resolución diste sustancialmente de la tradicional, sino que, en Chile, no contamos con sistemas claros de resolución de conflictos entre derechos¹¹. Aparte de la existencia de tesis conflictualistas y anticonflictualistas (*i.e.*, los conflictos como aparentes y no reales, lo que en ocasiones oscurece aún más la discusión), ni la jurisprudencia ni la doctrina han desarrollado test o criterios claros de solución que se apliquen uniformemente. Tampoco lo ha hecho el legislador, quien, además, ha cometido errores importantes en la materia,

⁸ MCCRUDDEN (2014), SADURSKI (2008).

⁹ MCCRUDDEN (2014).

¹⁰ LARROUCAU (2019), p. 251.

¹¹ Véase BELTERSEN (2010); ALDUNATE (2009), p. 269 y ss.

por ejemplo, en la “Ley Zamudio”¹² y en la “Ley de Inclusión”¹³. En la primera, al ubicar todo derecho fundamental por sobre la no discriminación, y en la segunda, al situar a la no discriminación sobre la libertad de enseñanza. En ambos casos, el legislador se arrogó la creación de una jerarquía entre derechos constitucionales no reconocida –ni tolerada– por la Carta.

En dos palabras: no sabemos todavía cómo lidiar con estos conflictos y, por el momento, se los entregamos a las Cortes que conocen del recurso de protección. No sorprende, por tanto, que los resultados no sean todo lo satisfactorio que quisiéramos.

Finalmente, cabe preguntarse si esta situación procesal es la óptima. En otras palabras, ¿puede una acción cautelar servir para resolver los problemas planteados por la horizontalidad de los derechos y los conflictos entre derechos fundamentales?¹⁴. Me parece que no siempre será así. He aquí algunos ejemplos de porqué sostengo esto:

- i) La acción cautelar requiere *fumus boni juris* o humo de buen derecho. Pero nótese que en los conflictos de derechos, justamente el problema es que dos partes opuestas invocan el mismo humo de buen derecho.
- ii) Otro ejemplo tiene relación con la prueba. La urgencia de una acción cautelar impide una mayor detención en la rendición y examen de la prueba. Los conflictos de derechos, sin embargo, son altamente contextuales. Requieren la consideración de situaciones concretas que en algunas ocasiones exigen intensidad probatoria, cuestión antinómica con acciones plenamente cautelares.
- iii) La acción cautelar supone urgencia, ya que existe un peligro inminente que exige intervención inmediata de los tribunales (*periculum in mora*). Como ya mencionamos, esto condiciona su rápida tramitación y resolución, lo que conspira en contra del desarrollo de riqueza dogmática, criterios generales, estándares o test, etc. Esto es particularmente grave cuando el conflicto es entre derechos fundamentales, los que insistimos, exigen consideraciones contextuales y, por lo mismo, requieren una paciente construcción de criterios generalizables que nos permitan prever posibles resultados en otras situaciones similares.

¹² Ley N° 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación, en *Diario Oficial*, 24 de julio de 2012.

¹³ Ley N° 20.845, de Inclusión Escolar que Regula la Admisión de los y las Estudiantes, Elimina el Financiamiento Compartido y Prohíbe el Lucro en Establecimientos Educativos que Reciben Aportes del Estado, en *Diario Oficial*, 8 de junio de 2015.

¹⁴ LETURIA (2018).

- iv) Debemos también considerar que los conflictos entre derechos fundamentales normalmente se resuelven recurriendo a complejas herramientas, tales como la proporcionalidad. Adicionalmente, se hace necesario recurrir a un razonamiento bastante más normativo, y menos descriptivo o, incluso, analítico. De nuevo, la naturaleza *express* de la acción cautelar previene o dificulta todo esto.

V. TERCERA HIPÓTESIS:

LA INAPLICABILIDAD COMPLEMENTA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES OFRECIDA POR EL RECURSO DE PROTECCIÓN

El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha sido una especie de híbrido difícil de definir, no tanto en el ámbito teórico, sino por su operatividad en la práctica¹⁵. En efecto, nos encontramos frente a un recurso cada vez más flexible o dúctil para afrontar diversos problemas, lo que, a su vez, ha resultado en el gran incremento de causas de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

Las críticas abundan. Permítanme mencionar solo tres:

- i) No sabemos exactamente qué tan “concreto” puede ser el análisis constitucional y qué tan incompatible o complementario puede ser con el análisis meramente abstracto del problema.
- ii) Ha producido “roces” o incomprensiones entre el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios a propósito, por ejemplo, del no cumplimiento estricto por estos últimos de los fallos del tribunal, o de las suspensiones de procedimientos ante tribunales ordinarios ordenadas por aquel, tan presentes en la prensa reciente¹⁶.
- iii) Existe una línea que en muchas ocasiones es difusa, entre los problemas de constitucionalidad, los de legalidad y los de interpretación de una norma legal.

¹⁵ Véase SALAS (2018); COUSO y CODDOU (2008); FERMANDOIS (2007); GÓMEZ (2013).

¹⁶ Tal vez la situación más mediática se produjo cuando el Tribunal Constitucional ordenó la suspensión de la causa contra el ex Comandante en Jefe del Ejército de Chile, Humberto Oviedo, procesado por el delito de fraude al fisco en la causa rol N° 575-2014, instruida por la ministra en visita extraordinaria de la Corte Marcial, Romy Rutherford Parentti. Debe también considerarse que, de 35 causas relativas a derechos humanos ingresadas al Tribunal Constitucional entre noviembre de 2015 y junio de 2018, quince se encontraban suspendidas en los tribunales penales. Disponible en www.latercera.com/nacional/noticia/tc-suspendida-la-tramitacion-15-causas-derechos-humanos/200573/ [fecha de consulta: 4 de octubre de 2019].

Sin embargo, al igual que respecto al recurso de protección, nos parece útil adoptar una visión sistémica y constructiva. Según esta, la inaplicabilidad se utiliza cada vez más para buscar soluciones a problemas de afectación de derechos fundamentales que no cuentan con otra salida en nuestro sistema jurídico.

Encontramos aquí elementos de justicia material, pero matizados por una mayor comprensión de la judicatura constitucional de que en ciertas ocasiones la inaplicabilidad es la única herramienta eficaz para combatir una vulneración de derechos permitida en la ley o, incluso, causada por la ley.

Veamos un par de ejemplos. En primer lugar, en numerosas ocasiones la jurisprudencia de protección ha entendido el requisito de ilegalidad del acto que causa vulneración de derecho en un sentido estricto, excluyendo la hipótesis de inconstitucionalidad directa. Si bien esto es parcialmente solucionable vía la otra causal de protección –esto es, la arbitrariedad del acto–, deja subsistente el problema que se produce cuando el acto vulneratorio efectivamente se fundamenta en una ley. En tales ocasiones, protección no es una solución disponible para el afectado. Pero inaplicabilidad sí lo es.

Un segundo ejemplo se produce cuando el texto de la ley presenta una ambigüedad, amplitud o falta de especificidad, que permite su utilización abusiva por parte de una autoridad. De nuevo, la inaplicabilidad se presenta como una solución cuando probablemente no existe otra sede de impugnación.

Añadamos a los ejemplos anteriores un hecho que habla por sí mismo: la inmensa mayoría de requerimientos de inaplicabilidad son precisamente por afectación de derechos constitucionales. Para eso se utiliza este recurso hoy en Chile, y no para hacer valer normas orgánicas.

En definitiva, me parece que sin negar y no obstante sus diversos problemas, la inaplicabilidad está respondiendo a una necesidad real de otorgar a los derechos fundamentales una defensa jurisdiccional complementaria a la del recurso de protección. Al respecto, los abultados números de las actuales inaplicabilidades, más allá de denotar la eventual existencia de un abuso procesal (muchas veces para ganar tiempo en razón de la suspensión de la gestión pendiente que otorga el Tribunal Constitucional), demuestran la utilidad y necesidad de esta vía judicial.

Ahora bien, a diferencia de la sede de protección, en la inaplicabilidad sí existe oportunidad de crear dogmática de derechos fundamentales, estableciendo los contenidos de estos derechos, límites reconocibles, estándares y test que otorguen orientación y previsibilidad, etc. En dos palabras; la doctrina judicial sobre derechos fundamentales se construye hoy mucho más en sede de inaplicabilidad que en sede de protección, lo que demuestra una vez más la importante complementariedad que realiza el primero hacia la labor del segundo.

Esto podría extrañar, ya que la inaplicabilidad es un control concreto y, por tanto, muy vinculado al caso concreto. Pero justamente ese es el corazón del asunto: los problemas de derechos fundamentales son contextuales¹⁷, y es en el medio de esa particularidad donde deben construirse contenidos y criterios generales. Solo así serán útiles. Y esa es la práctica común: piénsese en los tribunales supranacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

VI. CONCLUSIÓN

Quisiera concluir reiterando que la litigación sobre derechos fundamentales es cualitativamente distinta a la tradicional, y que nos obliga a la mayor de las flexibilidades en lo que a naturaleza y variedad de mecanismos procesales se refiere.

En la actualidad chilena, el recurso de protección está siendo complementado por el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Ambos tienen problemas, algunos serios. Pero en la complementariedad de ambos encontramos una forma espontánea y efectiva de otorgar mejor y mayor protección a los derechos fundamentales. Por lo mismo, la valoración de esta complementariedad debe ser el punto de partida para su eventual reforma.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, Eduardo (2009): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- BELTERSEN, Soledad (2010): "Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales", en *Cuadernos Tribunal Constitucional*, N° 42: pp. 13-108.
- BREWER-CARIÁS, Allan (2011): "Amparo constitucional en Venezuela", en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, N° 27: pp. 251-277.
- CALDERÓN, Carolina, Heidy PULIDO y Libardo JARA (2015): "La acción de tutela contra sentencias como amenaza contra la autonomía judicial de las altas Cortes en Colombia", en *Reforma a la Justicia: Derecho Constitucional, Reforma a la Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad* (Universidad La Gran Colombia Facultad de Derecho).
- COUSO, Javier, Alberto CODDOU (2010): "La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Un desafío pendiente", en *Estudios Constitucionales*, vol. 8, N° 2: pp. 389-430.

¹⁷ SADURSKI (2008), p. 153.

- FERMANDOIS, Arturo (2007): "Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: Enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley", en *Actualidad Jurídica*, año IX, N° 17: pp. 175-192.
- FERNÁNDEZ, Vicente y Nitza SAMANIEGO (2011): "El juicio de amparo: Historia y futuro de la protección constitucional en México", en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, N° 27: pp. 173-200.
- FERRER, Eduardo (2006): "El Amparo Iberoamericano", en *Estudios Constitucionales*, año 4, N° 2: pp. 39-65.
- FIGUERUELO, Ángela (2011): "Apuntes para un Estudio Comparado de la Garantía Constitucional del Amparo en España y en Bolivia", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 15: pp. 225-248.
- GARRO, Anamari (2006): "El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España. Análisis de algunas de las propuestas a la luz de la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 76: pp. 95-142.
- GÓMEZ, Gastón (2013): *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción Común* (Santiago, Ediciones UDP).
- GONZÁLEZ, Markus (2016): "La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 107: pp. 333-367.
- LARROUCAU, Jorge (2019): "La expansión procesal de la protección de derechos fundamentales en Chile", en *Revista de Derecho Privado*, N° 37: pp. 249-282.
- LETURIA, Francisco (2018): "Las acciones cautelares y el recurso de protección. ¿Es necesaria una duplicidad de instituciones? Notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales", en *Estudios Constitucionales*, año 16, N° 1: pp. 227-244.
- MCCRUDDEN, Christopher (2014): "The Pluralism of Human Rights Adjudication", in Liora LAZARUS, Christopher MCCRUDDEN & Nigel BOWLES, *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement* (Bloomsbury Publishing), pp. 3-29.
- MOSQUERA, Mario y Cristián MATURANA (2014): *Los recursos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- NOGUEIRA, Humberto (2010): "La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México", en *Ius et Praxis*, año 16, N° 1: pp. 219-286.
- RÍOS, Lautaro (1993): "El recurso de protección y sus innovaciones procesales", en *RDJ, Doctrina*, tomo XCI, N° 1: pp. 905-929.
- SADURSKI, Wojciech (2008): *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe* (2ª ed., Springer).
- SAGÜES, Néstor (2003): "Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica", en *Ius et Praxis*, año 9, N° 1: pp. 205-221.

SALAS, Ricardo (2018): "Una reconstrucción dogmática de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad", en *Estudios Constitucionales*, año 16, N° 1: pp. 187-226.

SOTO, Eduardo (1982): *Recurso de Protección: Orígenes, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PENSIONES DE SOBREVIVENCIA, FUNCIONAMIENTO Y EFECTOS CRUZADOS

SURVIVOR PENSIONS, OPERATION AND CROSSED EFFECTS

*Andrés Romero Werth**

RESUMEN: Las pensiones por sobrevivencia reciben poco escrutinio en el debate de la modificación del sistema de pensiones, a pesar de constituir un 20% del total de pensiones pagadas mensualmente por el sistema. Sus beneficiarios son en su mayoría mujeres, como consecuencia de una mayor esperanza de vida. Sin embargo, para generar una pensión de sobrevivencia es necesario reducir la pensión por vejez o invalidez de aquellos afiliados que tienen potenciales beneficiarios, en una magnitud que depende de la diferencia de edad y esperanza de vida de estos últimos, generando un efecto cruzado poco considerado.

PALABRAS CLAVE: Sistema de pensiones - Efecto cruzado.

ABSTRACT: Survival pensions receive little scrutiny in the debate on the modification of the pension system, despite constituting 20% of the total pensions paid monthly by the system. Its beneficiaries are overwhelmingly women, as a result of greater life expectancy. However, in order to generate a survivor's pension, it is necessary to reduce the old-age or disability pension of those members who have potential beneficiaries, to a magnitude that depends on the difference in age and life expectancy of the latter, generating a little considered cross-effect.

KEYWORDS: Pension System - Cross-effect.

El sistema chileno de pensiones por capitalización individual cuenta con seis mecanismos para generar prestaciones: las pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia; la cuota mortuoria, la herencia y el excedente de libre dis-

* Abogado investigador de la Corporación Ciedess, profesor de Seguridad Social de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: af.romero@udd.cl

posición, siendo estos dos últimos beneficios prestaciones no previsionales, más toleradas que buscadas, en orden a generar incentivos a la cotización y el retraso de la edad de jubilación.

La mayor parte de la discusión pública tiende a concentrarse en la pensión de vejez común, que corresponde a la prestación más común del sistema, toda vez que el envejecimiento es un proceso natural y en Chile el acceso a la misma solo requiere del cumplimiento de una edad, contar con a lo menos una cotización¹ y solicitarla. Las pensiones anticipadas en cambio, que requieren el cumplimiento de condiciones más estrictas para acceder a ellas, fueron objeto de una importante discusión a inicios de siglo, que dieron forma a su actual regulación.

Las pensiones de sobrevivencia, por su parte, también representan una parte importante del sistema, y con similares posibilidades de aparición que las pensiones por vejez común, al ser generadas por la muerte de los afiliados. Los efectos de estas pensiones rara vez son mencionados y no se incorporan en las proyecciones de beneficios utilizados durante la tramitación legislativa, generando inconsistencias entre los objetivos propuestos en las reformas y los resultados obtenidos.

Por ello, el objetivo del presente artículo es presentar el funcionamiento general de las pensiones por sobrevivencia del sistema de capitalización individual chileno, como impactan en las pensiones de vejez de los afiliados y la particular distribución de sus beneficiarios, que convierte a esta prestación previsional en un beneficio principalmente dirigido a las mujeres.

OBJETIVO DE LA PRESTACIÓN

Las pensiones de sobrevivencia tienen como finalidad la mantención de un cierto nivel de ingresos de aquellas personas que dependían económicamente del afiliado fallecido. Tal intención se encuentra alineada con las finalidades de la seguridad social, en cuanto ella busca enfrentar los estados de necesidad que afectan a las personas y que generan un aumento de gastos o una disminución de ingresos².

¹ Esto es una situación relativamente inusual en la experiencia comparada, donde, incluso, los sistemas de capitalización individual suelen exigir, o un tiempo mínimo de aportes, o una cantidad mínima de recursos para generar pensión, principalmente por la existencia de garantías estatales involucradas. Quienes no cumplan los requisitos no reciben pensión, sino otro tipo de beneficios (indemnizaciones, aportes temporales, etcétera).

² Siguiendo a los profesores Hugo Cifuentes, Pablo Arellano y Francisco Walker, la seguridad social corresponde al “conjunto integrado de principios, de normas e instituciones de

Esta necesidad económica encuentra su justificación en un modelo familiar y laboral propio del siglo XIX e inicios del siglo XX, donde el nacimiento de la seguridad social da lugar a la extensión de la cobertura de protección, con la creación de nuevos mecanismos de alcance general (los seguros sociales), que progresivamente desplazan a los sistemas limitados existentes hasta el momento.

La generalización de la protección que ofrece la seguridad social obliga a la determinación de las personas concretas por las cuales el afiliado debe responder, a fin de definir el monto del beneficio que les será entregado, así como los costos y formas de financiamiento del sistema de cada país.

Para 1952, el Convenio 102 de la OIT³, correspondiente a la norma mínima de seguridad social, establece en sus artículos 59 a 64 los parámetros básicos en los cuales deben regularse estas prestaciones. Tal base exige considerar como sobrevivientes a lo menos a la viuda y a los hijos, entregándoles un beneficio consistente en un pago periódico que sea una proporción razonable de la que corresponde al causante.

Con todo, el mismo convenio admite restricciones en la cobertura, ya sea por exigencias al afiliado que causa el beneficio (periodo mínimo de cotización o residencia) o a los beneficiarios del mismo (dependencia económica, nivel de ingresos propios, duración del matrimonio)⁴.

Por tal motivo, las condiciones de acceso a esta pensión descansan en el cumplimiento por parte del causante de los requisitos de acceso a la prestación, la determinación de aquellas personas por las cuales se entiende responde y los casos donde se asume que estos cuentan con un nivel de dependencia económica de aquel.

Dos elementos deben mantenerse presentes para este análisis. En primer lugar, que como en todas las pensiones contributivas, se busca reemplazar la fuente de ingresos perdida, por lo que no debería generarse una ganancia económica, para lo cual se considerará también la disminución de gastos producida por la muerte del afiliado⁵.

No menos importante es considerar que al igual que todas las prestaciones de la seguridad social, existe un interés de la sociedad en evitar la

ordenación estatal, destinadas a otorgar protección a las personas frente a las contingencias o estados de necesidad (riesgos sociales) a través de prestaciones (transferencias) en dinero o en especie, de financiamiento contributivo o no contributivo, cuya administración puede ser pública y/o privada, debiendo el Estado asegurar un mínimo de protección a su población". CIFUENTES, ARELLANO y WALKER (2013).

³ No ratificado por Chile.

⁴ Ello no solo para graduar adecuadamente los beneficios, sino, también, para evitar el fraude.

⁵ Ello explica por qué la tasa de reemplazo de las pensiones de vejez no apunta al 100%.

dependencia económica de estas personas, por lo que se busca garantizar la existencia de recursos para el pago de estas prestaciones antes de la muerte del afiliado, aun al costo de reducir sus beneficios.

CONDICIONES PARA SU GENERACIÓN

La regulación en Chile de la generación de pensiones de sobrevivencia carece de uno de los elementos antes señalados, ya que al igual que ocurre con las pensiones de vejez, no se requieren periodos mínimos de cotizaciones para dar lugar al beneficio. Asimismo, el causante de la prestación no debe cumplir con ningún requisito adicional a ser afiliado al sistema de capitalización y contar con beneficiarios, pudiendo dar lugar a la pensión, incluso, sin contar con cotizaciones⁶.

Esta situación contrasta con la experiencia de otros sistemas de capitalización latinoamericanos, donde el causante debe cumplir ciertas condiciones de forma previa a generar prestaciones por sobrevivencia. Tal ocurre en Colombia, donde se requiere que el causante tenga a lo menos cincuenta semanas de aportes en los últimos tres años o Perú, que exige cuatro meses de cotizaciones en los ocho meses anteriores a la muerte.

Así, el requisito central será la presencia de beneficiarios de sobrevivencia. Mientras que el convenio 102 exige la cobertura de la viuda y los hijos, el sistema chileno abarca a los cónyuges (de cualquier sexo), los convivientes bajo acuerdo de unión civil, el padre o madre de hijo de filiación no matrimonial, los hijos y los padres a falta de todos los anteriores. En consecuencia, su cobertura es mayor a la mínima exigida, pero en modo alguno la más amplia. Países como Colombia extienden la cobertura a los hermanos, mientras que España junto con estos incorpora a los nietos y los abuelos.

Esta mayor cobertura contrasta con la entregada en los países nórdicos, donde la protección se entrega solamente a las parejas del afiliado fallecido y sus hijos, situación cercana al mínimo exigido.

Con la ampliación del reconocimiento de las relaciones personales diferentes del matrimonio, varios países han incorporado el concubinato en las categorías cubiertas, si bien no siempre bajo tal nombre. En el caso de

⁶ Esta situación extrema se puede dar teóricamente cuando un recién afiliado fallece antes de completar su primer mes de trabajo como dependiente, teniendo derecho a la cobertura del seguro de invalidez y sobrevivencia, sin perjuicio de la cotización que deberá enterarse al final del periodo por el trabajo realizado. Un caso similar, pero menos extremo ocurre a aquellas afiliadas que se incorporaron para tener derecho al bono por hijo, cotizando solo una vez. La pensión respectiva casi con seguridad será muy pequeña, pero se tiene derecho a ella.

Australia, por ejemplo, se utiliza el concepto de pareja para abarcar tanto a los matrimonios, las relaciones registradas (equivalentes a nuestro AUC) y las relaciones de hecho⁷. Dependiendo de las características de cada país las diversas categorías que corresponde a “pareja” pueden o no concurrir simultáneamente a la prestación. En el caso chileno, cónyuge y conviviente civil son incompatibles, pero cualquiera de ellos puede estar presente con el padre o madre de hijo no matrimonial.

Existiendo beneficiarios debe comprobarse que, a su vez, cumplan sus propios requisitos de acceso a la pensión de sobrevivencia, los cuales se encuentran en los artículos 5 a 10 del DL N° 3500.

- Cónyuge: siempre que el matrimonio tuviese seis meses de antigüedad si el causante no estaba pensionado; o tres años si ya lo estaba. En caso de existir hijos comunes o la beneficiaria se encontrase embarazada no aplican las restricciones de tiempo.
- Conviviente civil: siempre que el acuerdo de unión civil hubiese sido suscrito con un año de antelación al fallecimiento si el causante se encontraba activo; o tres si estaba pensionado. Al igual que en el caso anterior la existencia de hijos comunes o embarazo hacen inaplicables las restricciones de tiempo. Adicionalmente el conviviente civil debe contar con un estado civil de soltero, viudo o divorciado.
- Hijos: Menores de dieciocho años; o mayores de dieciocho y menores de veinticuatro siempre que sean estudiantes regulares de enseñanza básica, media, técnica o superior, lo cual no necesariamente tiene que darse al momento del fallecimiento del causante; mayores de veinticuatro inválidos totales o parciales. En todos los casos los hijos deben ser solteros.
- Padre o madre de hijo de filiación no matrimonial del causante: siempre que sean solteros o viudos y vivan a expensas del causante⁸. Nótese que no se incluyen los divorciados, ni se exige convivencia bajo el mismo techo.
- A falta de todos los beneficiarios anteriores, los padres del causante siempre que hayan sido reconocidos como cargas familiares.

⁷ Al respecto véase www.humanservices.gov.au/individuals/topics/your-relationship-status/30306

⁸ Se entenderá por “vivir a expensas del causante” el hecho que la ayuda económica proporcionada por éste fuere la principal fuente de sustentación, no obstante no tener derecho para exigirle alimentos para sí y aun cuando no haya existido convivencia entre aquellos, antes o a la fecha de fallecimiento del causante. El requisito señalado como “vivir a expensas”, se acreditará mediante presentación de un informe social emitido por un(a) asistente social, el cual deberá extenderse y presentarse en la Administradora. (*Compendio de normas del sistema de pensiones*, libro III, título I, letra E, capítulo I, número 2, letra c, inciso segundo).

De existir beneficiarios que cumplan los requisitos indicados a la muerte del afiliado se generará una pensión de sobrevivencia en el momento que la soliciten, la cual durará mientras se sigan cumpliendo. Si existen al momento en que el afiliado se pensiona, la eventual pensión de sobrevivencia deberá ser incorporada en los cálculos de la pensión de vejez o invalidez respectiva, reduciendo su monto.

Si no existen al pensionarse, pero sí con posterioridad, la pensión deberá ser recalculada para incorporarlos, por cuanto las pensiones de sobrevivencia son derecho de los beneficiarios, no pudiendo quedar al arbitrio del causante. La omisión del causante de sus beneficiarios de sobrevivencia no los priva de su derecho, pero sí impacta económicamente en el monto del beneficio que deben recibir.

En caso de que no hubiera beneficiarios, reales o potenciales, al momento de la muerte del afiliado los recursos que queden en las cuentas previsionales pasan a formar parte de la masa hereditaria.

En el plano internacional las condiciones de los grupos equivalentes son variables. En el caso de las parejas, la situación es relativamente similar a la chilena, con una protección respecto de cualquier persona que se encuentre en una relación formal y reconocida por la legislación del país. En ciertos casos, como Dinamarca o Australia, las prestaciones por sobrevivencia son temporales, cuestión relativamente común en aquellos países que incluyen la sobrevivencia en sus sistemas no contributivos⁹. Si nos concentramos solamente en los sistemas de capitalización individual, es posible encontrar que las características del cónyuge influyen en la duración de la pensión. Uruguay, por ejemplo, entrega pensiones de sobrevivencia vitalicias a los cónyuges mayores de cuarenta años, y temporales en caso contrario, con una regla similar en Colombia. Croacia, por su parte, requiere que el cónyuge sea mayor de cincuenta años. Otro factor a considerar es la posibilidad de un nuevo matrimonio, toda vez que tal situación, en teoría, elimina la necesidad económica que genera la prestación, por lo que es relativamente común encontrar las segundas nupcias como una condición de cese de estas pensiones.

Sin embargo, el grupo con mayores diferencias está constituido por los hijos, donde la edad de cese de la prestación está normalmente dividida en dos, un requisito de aplicación general y una excepción con edad más alta para quienes se encuentran estudiando, cuestión dada, en lo principal, por una perspectiva cultural. En los países iberoamericanos, estas edades suelen ser altas. Así, en España será de 21/25 años; Colombia 18/25; Uruguay solo veintiún

⁹ Es una tendencia en los sistemas no contributivos carecer de prestaciones por sobrevivencia o contar solo con prestaciones temporales. Ello por cuanto estas personas tienen acceso a su propia pensión no contributiva por vejez si cumplen los requisitos para ello.

años. En los países angloparlantes y nórdicos la situación se endurece: Australia 16/19¹⁰; Canadá 18/25; Dinamarca solo veintiuno; Suecia y Noruega 18/20.

APLICACIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA I: AFILIADO FALLECIDO

Un afiliado que fallezca con saldo en la cuenta de capitalización individual (aunque sea una sola cotización) y que cuente con beneficiarios de pensión de sobrevivencia generará este beneficio con cargo a esos saldos, los cuales, en consecuencia, no se incorporarán a la masa hereditaria del fallecido, sino que se destinarán a financiar una prestación de beneficio definido, mientras los beneficiarios conserven la calidad de tales.

Esta situación hace que las pensiones de sobrevivencia se encuentren en directa competencia con la herencia, la cual también tiene disposiciones para beneficiar a las personas teóricamente dependientes del causante, los legitimarios. El conflicto entre los beneficios surge del hecho que no hay derecho a elección entre los mismos al responder cada uno a una perspectiva de protección diferente. Mientras que la herencia tiene un carácter mucho más individual, transmitiendo el dominio de los bienes del fallecido, los cuales pueden ser utilizados con completa libertad por sus receptores; las pensiones de sobrevivencia, en cambio, tienen una mirada más social, entendiendo como tal el interés que tiene el conjunto de la comunidad en garantizar un flujo de recursos, más que entregar inmediatamente la totalidad de los mismos. En rigor, los fondos de pensiones deben ser entregados como pensión y solamente una vez que no existan beneficiarios de sobrevivencia constituir herencia.

Al igual que en cualquier tipo de pensión, el o los beneficiarios deberán elegir recibir el beneficio en alguna de las cuatro modalidades de pensión disponibles: retiro programado, renta vitalicia, renta temporal con renta vitalicia diferida o renta inmediata con renta vitalicia. En caso de existir más de un beneficiario, la decisión se deberá tomar de común acuerdo. A falta del mismo, se usará la modalidad por defecto del sistema: el retiro programado.

El monto del beneficio se estructura como una prestación de beneficio definido, en el cual su monto es un porcentaje de un valor de referencia. En consecuencia, será necesario considerar tres elementos: el porcentaje asignado a cada beneficiario; cual constituye el valor de referencia y la forma en que un sistema de capitalización (contribución definida) financia una prestación de beneficio definido.

¹⁰ Y ambos padres fallecidos.

El porcentaje al que equivale cada pensión se encuentra establecido en el artículo 58 del DL. 3500, variando en relación no solo a la categoría de beneficiario respectivo, sino con la concurrencia conjunta de hijos con derecho a pensión de sobrevivencia, como se aprecia en la siguiente tabla.

Beneficiario	Monto de prestación (exclusivo)	Monto de prestación (con hijos)
Cónyuge	60%	50%
Conviviente civil	60%	50% (15% con hijos no comunes)
Padre o madre de hijo no matrimonial	36%	30%
Padres	50%	n/a
Hijos	15% (c/u) inválidos mayores de 24; 15% en grado total y 11% en grado parcial.	n/a

Tanto el cónyuge como el conviviente y el padre o madre de hijo no matrimonial son categorías de beneficiarios en los cuales la concurrencia de múltiples personas que acreditan tal calidad distribuyen el monto entre sí, con derecho a acrecer entre ellos. Los hijos y los padres, en cambio, corresponden a valores para cada uno de los individuos. Es importante recordar que los padres del causante solo son beneficiarios en ausencia de todas las demás categorías y siempre que hayan sido reconocidos como cargas familiares.

Al igual que los hijos afectan de forma importante las pensiones de la mayoría de las demás categorías, la ausencia de cónyuge modifica la pensión de los hijos, repartiendo en partes iguales el monto que hubiera correspondido al mismo, pero exceptuando a aquellos que tienen un progenitor con derecho a pensión (conviviente o padre no matrimonial).

Los porcentajes antes referidos son aplicados sobre un valor de referencia que varía dependiendo de si el afiliado se encuentra o no pensionado. En el caso que el causante esté pensionado por vejez o invalidez, el valor de referencia será la pensión que estuviera recibiendo. Por el contrario, si el causante no se encontraba pensionado al momento de su muerte, el valor de referencia dependerá de si el afiliado se encontraba o no cubierto por el Seguro de Invalidez y Sobrevivencia (SIS). De estarlo, el monto de la pensión se aplicará sobre el 70% del ingreso base, que corresponde a la suma de las remuneraciones y rentas imponibles de los diez años anteriores al fallecimiento divididas por 120¹¹. En caso de personas con menor tiempo de afilia-

¹¹ Las remuneraciones consideradas para determinar el ingreso base deberán ser actualizadas al último día del mes anterior al de fallecimiento o declaración de invalidez. El factor

ción y cuyo fallecimiento se produzca por un accidente no profesional¹², el ingreso base será el promedio mensual de remuneraciones y rentas imponibles desde la afiliación¹³. En cualquier caso, una persona cubierta por el SIS genera un valor de referencia equivalente a una tasa de reemplazo del 70%¹⁴.

Así, en caso de un afiliado cuyos ingresos renta imponibles durante este periodo fuesen de \$500 000, el ingreso base sería de \$350 000, con lo cual la pensión de sobrevivencia de un cónyuge sin hijos ascendería a \$210 000, un 60% del ingreso base¹⁵, y no del promedio los ingresos imponibles. Con todo, ello solo ocurre en el caso de afiliados cubiertos por el SIS. Para aquellos que no se encuentren cubiertos por él, la pensión de referencia será equivalente a pensionar al afiliado por vejez al momento de su muerte.

Los recursos para financiar estas pensiones se obtienen, en principio, de los recursos acumulados por el afiliado fallecido en su cuenta de capitalización individual. Sin embargo, para los afiliados cubiertos por el SIS, este seguro contribuirá a financiar la totalidad de los recursos que faltaren para financiar los porcentajes de la prestación antes indicados sobre el ingreso base¹⁶, lo que contribuye a dotar a estos casos de una mayor seguridad en el nivel de ingresos de los pensionados¹⁷. Por el contrario, los afiliados no

de actualización de la remuneración de cada mes, se obtendrá dividiendo el valor del Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.) del mes anterior al fallecimiento o declaración de invalidez, por el valor del I.P.C. del mismo mes de la remuneración que corresponde actualizar. Para estos efectos deberá emplearse los valores del I.P.C. (Base: diciembre 1978 = 100), publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas. Los factores de actualización deberán ser expresados con tres decimales. *Compendio de normas del sistema de pensiones*, libro III, título XV, letra A pensiones de invalidez y sobrevivencia causadas por el afiliado cotizante, capítulo I ingreso base, número 4 de remuneración imponible y renta declarada, letra e) de actualización).

¹² En caso de un accidente profesional aplicará la pensión del régimen de la ley N° 16.744 de seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

¹³ El artículo N° 57 del decreto ley N° 3.500 de 1980, que estable el monto del ingreso base, considera normas especiales para trabajadores del sector público y municipal.

¹⁴ La cobertura del SIS varía según el tipo de afiliado. Para los trabajadores dependientes, existe mientras mantengan la calidad de tales, más un tiempo limitado en caso de cesantía; para trabajadores independientes que emitan boletas de honorarios, la cobertura empieza en julio del año de pago y termina a fines de junio del año siguiente; para los demás independientes y afiliados voluntarios, la cobertura dependerá de haber pagado el mes inmediatamente anterior al siniestro.

¹⁵ Un 42% del ingreso promedio del causante.

¹⁶ Cuestión que corresponde al denominado "aporte adicional", el cual es la suma de UF destinada a cubrir la diferencia entre el capital existente y el capital necesario para financiar las pensiones de referencia incluida la cuota mortuoria. Este aporte requiere de una precisa declaración de beneficiarios, ya sea al momento de la afiliación, al solicitar la pensión o dentro de los 45 días siguientes su solicitud.

¹⁷ Sin embargo, un incremento en estas pensiones impacta en el valor del SIS del resto de los afiliados, como es probable que ocurra en la siguiente licitación del seguro.

cubiertos por el SIS, solo contarán con los recursos propios, siendo el monto de las pensiones de sobrevivencia mucho más afectado por la edad a la que muere el afiliado.

Finalmente, hay que destacar que los porcentajes de prestación señalados precedentemente no se relacionan con la duración de la prestación. El que un cónyuge, por ejemplo, reciba un 60% de la pensión de referencia del causante no implica que el 40% restante quede en manos de la administradora o el fisco, sino que el monto de la pensión será de esa cuantía, y se entregará mientras duren los recursos en la cuenta. Al ser inferior a la pensión del causante, el saldo en la cuenta de capitalización se reducirá de forma más lenta. Al desaparecer los beneficiarios de sobrevivencia, cualquier recurso remanente en la cuenta de capitalización constituirá herencia¹⁸.

APLICACIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA II: AFILIADO VIVO

Si bien la pensión de sobrevivencia es una prestación por muerte, el principal efecto que generan no ocurre al momento del fallecimiento del afiliado, sino cuando este se jubila por vejez o invalidez. Ello, toda vez que conforme a los artículos 62 y 65 del DL N° 3.500, que regulan respectivamente las modalidades de renta vitalicia y retiro programado¹⁹, cualquiera sea la forma de pensionarse, se deberá financiar con los recursos previsionales tanto la prestación respectiva (pensión de vejez o invalidez) como el pago de la pensión a los beneficiarios en caso de morir el afiliado²⁰.

Así, toda pensión de vejez o invalidez considera también el efecto de las potenciales pensiones de sobrevivencia que puedan surgir, “reservando”

¹⁸ Nótese que aquellos afiliados que optan por la modalidad de renta vitalicia enajenan sus recursos, por lo tanto no generan herencia, sin perjuicio de aquellas con periodo garantizado, que producen un efecto similar a la herencia.

¹⁹ E indirectamente las modalidades combinadas.

²⁰ Decreto ley N° 3.500 de 1980, “Artículo 62. Renta Vitalicia Inmediata es aquella modalidad de pensión que contrata un afiliado con una Compañía de Seguros de Vida, en la que ésta se obliga al pago de una renta mensual, desde el momento en que se suscribe el contrato y hasta su fallecimiento y a pagar pensiones de sobrevivencia a sus beneficiarios señalados en el artículo 5°, según corresponda...”. “Artículo 65.- Retiro Programado es aquella modalidad de pensión que obtiene el afiliado con cargo al saldo que mantiene en su cuenta de capitalización individual, como resultado de retirar anualmente la cantidad expresada en Unidades de Fomento que resulte de dividir cada año el saldo efectivo de su cuenta de capitalización individual por el capital necesario para pagar una unidad de pensión al afiliado y, fallecido éste, a sus beneficiarios, de acuerdo a los porcentajes establecidos en el artículo 58...”.

parte de los recursos previsionales para su pago, conforme las características de los beneficiarios declarados al momento de pensionarse.

En concreto, un afiliado hombre sin beneficiarios de sobrevivencia obtiene una pensión más alta que otro afiliado, también hombre, que tenga cónyuge, contando ambos sujetos con idénticas características para pensionarse²¹. A su vez, dos hombres con iguales condiciones para pensionarse, ambos con cónyuge y sin hijos, pueden tener pensiones diferentes si los cónyuges tienen diferentes edades. Ello por cuanto la proporción de recursos destinadas al pago potencial de pensiones de sobrevivencia considera su pago durante todo el periodo en el cual los beneficiarios tengan derecho. En el caso de los cónyuges²², ello será hasta la muerte, con lo cual la expectativa de vida femenina se encuentra incorporada en las pensiones masculinas por efecto de las pensiones de sobrevivencia.

Desde luego, la situación inversa también ocurre. Cuando una mujer se pensiona, teniendo beneficiarios masculinos (típicamente cónyuge), reservará recursos para el pago de la potencial sobrevivencia, incorporando la expectativa de vida masculina en tal pensión. Sin embargo, como esta es inferior a la femenina, el efecto de las pensiones de sobrevivencia en las afiliadas es inferior.

Esta situación ha sido destacada en la literatura previsional a propósito del uso de tablas de mortalidad unisex, puesto que la finalidad de usar tales tablas es igualar las pensiones de afiliados con iguales recursos y edad. Sin embargo, tal expectativa no se cumple, ya que no se había considerado el factor de los beneficiarios de sobrevivencia. Mientras un afiliado tiene más posibilidad de tener una cónyuge de menor edad, una afiliada se encuentra en la situación opuesta, lo que resulta en pensiones diferentes por el mayor periodo de viudez involucrado y la necesidad de financiarlo²³.

La materialización de estas condiciones se visibiliza en la aplicación del Capital Necesario Unitario (CNU) en la fórmula de los retiros programados. La siguiente tabla presenta los valores para hombres y mujeres, con edades de jubilación tanto a los sesenta como a los sesenta y cinco, considerando solamente la existencia de un potencial cónyuge. Mientras más alto el valor más baja es la pensión de vejez.

²¹ Recursos previsionales, edad de jubilación y expectativa de vida.

²² Para el conviviente civil es similar, en tanto no se produzcan alteraciones en el estado civil exigido para ser beneficiario.

²³ Respecto a la implementación, pros y contras de las tablas de mortalidad unisex, véase COLOMBO y GONZÁLEZ (2018).

CNU según estado, sexo y edad de retiro

Estado	Edad de retiro 65		Edad de retiro 60	
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
Afiliado soltero	14,9	17,8	17,4	20,2
Afiliado casado Cónyuge cinco años mayor	16,9	18,5	19,4	20,9
Afiliado casado. Cónyuge de misma edad	17,8	18,9	20,2	21,3
Afiliado casado Cónyuge cinco años menor	18,8	19,5	21,1	21,9

Independientemente de la edad de retiro, la situación base más lucrativa corresponde al afiliado soltero, toda vez que los fondos que haya acumulado, cualquiera sea su magnitud, solo tendrán en consideración la expectativa de vida calculada para su sexo. Dado que las mujeres viven más que los hombres²⁴, de jubilarse a la misma edad existirá una diferencia en favor de los últimos, como muestra el CNU más bajo que tienen 14,9 contra 17,8.

Sin embargo, la sola incorporación de un cónyuge beneficiario de sobrevivencia altera las magnitudes al introducir la esperanza de vida del cónyuge, que, a su vez, dependerá de su edad. Un cónyuge de la misma edad que el causante, incrementa el CNU de una hombre a 17,8 (+2,9), lo que es equivalente a la brecha de expectativa de vida entre los sexos. En el caso de la mujer el CNU también será mayor que si estuviera soltera, pero el incremento es más pequeño que en el caso de un hombre, solo hasta 18,8 (+1,1).

Esta diferencia en la magnitud del incremento del CNU es el reflejo de incorporar la expectativa de vida del cónyuge en el cálculo de la pensión propia, cumpliendo el principio de solidaridad del sistema, si bien limitado al matrimonio.

Desde luego, en caso que exista una diferencia en la edad de los cónyuges el incremento que aportan al CNU (o el costo en la pensión si se prefiere) dependerá de si esa diferencia es a positiva o negativa en relación con la edad del afiliado. Mientras más joven sea el cónyuge, mayor será el impacto en la pensión²⁵. Con ello, si solo se buscan beneficios monetarios, el

²⁴ A los sesenta años de edad la expectativa de vida para hombres es de veinticuatro años adicionales y para las mujeres de veintinueve; a los 65, es de veinte años adicionales para hombres y 24,6 para mujeres. Con ello la brecha vital se ubica entre cinco y 4,6 años en contra de los hombres.

²⁵ Un ejercicio sencillo para notar la magnitud del cambio es calcular la proyección de pensión en el simulador disponible en la página web de la Superintendencia de Pensiones,

matrimonio ideal requiere la máxima diferencia de edad, como bien refleja el mal uso de beneficios previsionales en algunos sistemas²⁶.

Es interesante considerar también el efecto que tuvo la reforma previsional de 2008 en las pensiones de sobrevivencia, toda vez que hasta ese momento solo *las* cónyuges eran beneficiarias, mientras que los hombres debían ser inválidos. De mantenerse la normativa original el CNU de una pensionada sería en su mayoría equivalente al de una mujer soltera y, por lo tanto, equivalente al de un hombre casado con una mujer de su misma edad.

Por su parte, si un afiliado viudo vuelve a tomar estado de matrimonio, deberá incorporarlo como beneficiario en el momento que se cumplan los requisitos para ello, generando una disminución de la pensión, pero también una prestación en de protección en favor del nuevo cónyuge una vez superada la carencia inicial de seis meses o tres años según se trate de un afiliado pensionado o no. Del mismo modo, una eventual pensión de vejez con un segundo grupo familiar de bajas edades, profundizará el efecto negativo sobre dicha pensión.

Sin embargo, dado que las pensiones de sobrevivencia son potenciales, es importante considerar también los efectos que se producen tanto si se materializan como si no lo hacen. Si se considera un matrimonio en el cual ambos estén pensionados, el fallecimiento de uno de los cónyuges (A) generará la pensión de sobrevivencia en favor del otro (B), a la vez que desaparecerá el potencial beneficiario que A era para B, cambiando su CNU. Con ello B recibirá tanto la pensión de sobrevivencia de A como un incremento en la pensión propia, ya que no existe incompatibilidad para recibir pensiones contributivas en el sistema de pensiones del DL 3.500.

ESTADÍSTICAS

En la normativa, el beneficio que representan las pensiones de sobrevivencia no tiene un sesgo en sí, aplicando de forma similar a hombres y mujeres. En los hechos, en cambio, su uso está muy inclinado en favor de estas últimas, como muestra la estadística de la Superintendencia de Pensiones.

Para el mes de agosto de 2019, el sistema de pensiones pagó en total 1 403 432 pensiones, de las cuales un 69% correspondió a pensiones por vejez, un 10% a pensiones de invalidez y 21% restante a pensiones por sobrevivencia.

con y sin cónyuge. Al alterar la edad de este se podrá apreciar que una diferencia de edad importante puede costar fácilmente un 25% de la pensión esperada.

²⁶ https://elpais.com/internacional/2019/03/26/actualidad/1553629605_589314.html

Dentro de las pensiones de sobrevivencia existen dos grupos principales, las pensiones de viudez y las de orfandad²⁷. Las primeras suman 217 255 pensiones en el mes de agosto de 2019, distribuidas de forma similar entre las AFP (99 527) y las compañías de seguro (117 728). Al buscar su distribución por sexo, las AFP informan respecto del causante, con 90 335 pensiones generadas por hombres, presumiblemente en su mayoría para cónyuges y convivientes mujeres; las compañías de seguro, en cambio, informan respecto al sexo del receptor del beneficio, con 114 059 pensiones pagadas a mujeres. Así, 204 394 pensiones, o un 94% del total termina complementando las pensiones femeninas.

En el caso de las pensiones de orfandad la situación es más variada. Desgraciadamente, solo se encontraron estadísticas respecto al causante de tales pensiones para las AFP, con un total de 35 018 pensiones, de las cuales 27 633 o un 79% tuvieron como causante a un hombre. En este caso no se informa el sexo de los receptores, dato que sí entregan las compañías de seguro, donde las 22 680 pensiones de orfandad pagadas se distribuyen en partes iguales entre beneficiarios hombres y mujeres.

Contrario a lo que podría esperarse, el monto de las pensiones de sobrevivencia no es particularmente bajo, con un promedio de 6,61 UF para las pensiones de viudez y 2,69 UF para las pensiones por orfandad, en ambos casos para agosto de 2019. En el mismo periodo la pensión por vejez común tenía un valor promedio de 7,42 UF²⁸.

La importancia de este factor no debiese subestimarse cuando se discuten mecanismo para “igualar” las pensiones por sexo. Por ejemplo, si tomamos la pensión por vejez promedio autofinanciada de julio de 2019 para rentas vitalicias, en el caso de los hombres fue de 11,97 UF y para mujeres de 10,37 UF (1,6 UF de diferencia), con lo que la muerte del cónyuge masculino, generará entre 5,9 y 7,1 UF adicionales, cerrando la brecha existente.

Avanzar en la consideración de esta prestación requiere un mayor desarrollo estadístico, toda vez que la información de acceso público presenta importantes diferencias según se trate de prestaciones pagadas por las AFP y las compañías de seguro. Saber no solo las características de los causantes,

²⁷ Los padres de hijo no matrimonial y los padres del afiliado son registrados como “otras pensiones”.

²⁸ Cabe preguntarse por el nivel de influencia del SIS en los montos de estas pensiones. En el ámbito AFP, las estadísticas de la Superintendencia de Pensiones ofrecen una primera aproximación, toda vez que detallan la cantidad y monto de las pensiones cubiertas por el seguro. En el caso de las pensiones por viudez, el monto es más alto que el promedio si el causante es hombre, con 6,77 UF, pero menor si el causante es mujer, solo 3,47. La cantidad varía considerablemente, con casi ocho mil pensiones generadas por hombres y solo tres por mujeres.

sino que, también, de los receptores es relevante, así como cuantos casos de pensiones múltiples se producen.

CONSIDERACIONES FINALES

Las pensiones de sobrevivencia no están del todo ausentes en el proyecto de modificación del sistema de pensiones contenido en el *Boletín Mensaje* 12212-13 de 6 de noviembre de 2018. Sin embargo, las propuestas contenidas²⁹ siendo una mejora no abordan los efectos que estas pensiones tienen en el cálculo de las de vejez.

Esta situación es irrelevante en los casos de una pareja donde uno de ellos trabaje (y se pensione) mientras el otro no lo hace, toda vez que es el natural reflejo del soporte mutuo que se deben. Sin embargo, cuando ambos miembros de la pareja acceden a pensiones contributivas se produce el sinsentido de que ambos reduzcan su potencial pensión a la espera que el otro fallezca.

La regulación existente a 2008, donde el cónyuge masculino era beneficiario de sobrevivencia solo en caso de ser inválido, tenía la ventaja de evitar este problema. En pro de eliminar una supuesta discriminación se terminó perjudicando la pensión final de las mujeres.

Convendría explorar la posibilidad de obtener el mismo resultado con otro mecanismo. Una opción a considerar es la posibilidad de generar pensiones familiares al momento en que ambos miembros cumplan los requisitos de jubilación, de forma que en lugar de considerar el costo potencial de los sobrevivientes de cada uno de ellos, solo se utilice el más alto, generando una mayor disponibilidad de recursos para las pensiones respectivas.

Un modelo similar es ampliamente utilizado en los sistemas no contributivos de los países desarrollados, donde las pensiones básicas estatales son entregadas a la pareja, de forma que cuando ambos miembros se encuentran pensionados el beneficio es inferior a dos pensiones individuales. Excepcionalmente en Colombia el modelo de pensión conjunta también se encuentra como mecanismo de habilitación, para que una pareja que de manera individual no es capaz de constituir pensión pueda sumar sus recursos y acceder a un beneficio contributivo con garantía estatal.

²⁹ Iguala el tratamiento de los cónyuges y convivientes civiles, involucra al Registro Civil en la verificación de beneficiarios, mejora la base de cálculo para afiliados que fallecen jóvenes, permite incorporar al beneficio a los padres o madres de hijo no matrimonial que se encuentren divorciados y elimina de la prestación a aquellos condenados por homicidio, femicidio o parricidio.

Por último, más allá de esta situación concreta, es necesario internalizar en la discusión de las pensiones la totalidad de los ingresos que se pueden obtener. Las proyecciones presentadas en estudios y publicaciones se restringen a la pensión autofinanciada o con apoyo solidario estatal que cada persona recibe a título personal. Sin embargo, no existen restricciones a recibir más de una pensión. En la medida que una mayor proporción de mujeres se sumen a la fuerza de trabajo y generen una pensión propia al retirarse, se incrementará el número de pensiones dobles, al ser estas predominantemente femeninas. Si se mantiene la diferencia de ingresos y tiempo de trabajo entre los sexos, es perfectamente posible que tales pensiones sean iguales o mayores a las propias, por lo que el diseño de incentivos a la cotización femenina debiese tenerlo en consideración.

BIBLIOGRAFÍA

- CIFUENTES, Hugo, Pablo ARELLANO, Francisco WALKER (2013): *Seguridad Social parte general y pensiones*. (Santiago, Librotecnia).
- CIFUENTES, Hugo (2018): *El Sistema de Seguridad Social Chileno. Descripción y aspectos generales* (Santiago, Ediciones UC).
- COLOMBO, Leticia, María Fernanda GONZÁLEZ (2018): *Nuevos conceptos en las rentas previsionales uruguayas: tablas de mortalidad dinámicas y tarificación unisex* (Republica AFAP).

Otros documentos

- DEPARTMENT OF HUMAN SERVICES, AUSTRALIA GOVERNMENT (2019). *Your relationship status*. Disponible en www.humanservices.gov.au/individuals/topics/your-relationship-status/30306 [fecha de consulta: 26 de septiembre de 2019].
- GALARRAGA, Naiar (2019): *Jubilarse a los 53 o solteras que heredan pensiones... Bienvenidos a Brasil*. Disponible en https://elpais.com/internacional/2019/03/26/actualidad/1553629605_589314.html [fecha de consulta: 24 de septiembre de 2019].
- SOCIAL SECURITY ADMINISTRACIÓN (2017): *Social Security Programs Throughout the World: The Americas*. Disponible en www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2016-2017/americas/index.html [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2019].
- SOCIAL SECURITY ADMINISTRACIÓN (2018a): *Social Security Programs Throughout the World: Asia and the Pacific*. Disponible en www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2018-2019/asia/index.html [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2019].

SOCIAL SECURITY ADMINISTRACIÓN (2018b): *Social Security Programs Throughout the World: Europe*. Disponible en www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2018-2019/europe/index.html [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2019].

Normas

Compendio de normas del sistema de pensiones

Convenio sobre la seguridad social, norma mínima (1952), 28 de junio de 1952.

Decreto ley N° 3.500 (1980), que establece nuevo sistema de pensiones, 13 de noviembre de 1980.

LA DECLARACIÓN
DE NULIDAD PROCESAL
A PETICIÓN DE PARTE O DE OFICIO
Y LOS LÍMITES IMPUESTOS
POR LOS TIPOS DE CONVALIDACIÓN

THE DECLARATION OF PROCEDURAL
NULLITY AT THE REQUEST OF THE PARTY
OR EX OFFICIO AND THE LIMITS IMPOSED
BY THE TYPES OF VALIDATION

*Jaime Carrasco Poblete**

RESUMEN: En el derecho procesal los tipos o formas de convalidación, por regla general, actúan como un límite que impide declarar la nulidad procesal pedida por alguna de las partes. El problema que se produce consiste en si estos límites son aplicables a las hipótesis en que el juez, de oficio, pretende declarar la nulidad de actuaciones. Este trabajo tiene por objetivo determinar cómo se relaciona la convalidación con el ejercicio de la potestad anulatoria de oficio.

PALABRAS CLAVES: nulidad procesal de oficio, eficacia de actuaciones procesales, invalidación de actos procesales irregulares.

ABSTRACT: In the judicial process the types or forms of validation, in general rule, act as a limit that prevents declaring the procedural invalidity requested by some of the parts. The problem that arises consists in itself of these limits that are applicable to the hypotheses in which the judge declares the nullity of his actions. This work has as its object to determine how it relates to the validation with the office of the office annulment power.

* Doctor en Derecho, master en derecho público, master en Derecho de la empresa y licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad de los Andes, Chile. Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jaimecarrasco@udd.cl; jcarrasco@ccycia.cl

KEYWORDS: procedural nullity of office, effectiveness of procedural actions, invalidation of irregular procedural acts.

1. INTRODUCCIÓN

La convalidación constituye una técnica a través de la cual un acto procesal que en principio es inválido, por diversas causas que dispone el ordenamiento jurídico, pasa a ser considerado válido, sin necesidad de corregir el defecto¹.

La convalidación constituye un límite que impide obtener la declaración judicial de nulidad procesal. Esta técnica que obsta la declaración de ineficacia puede estar motivada por diversas razones². Así, por ejemplo, la convalidación impide que actúe la declaración de nulidad porque el defecto o irregularidad es irrelevante, porque la parte legitimada para pedir la nulidad decide no hacerlo manifestando su voluntad en forma expresa o tácita (convalidación expresa y tácita), porque el acto, no obstante la irregularidad que lo aqueja alcanzó la finalidad a la cual estaba destinado por la ley (cumplimiento de la finalidad), bien porque precluyó la oportunidad procesal para denunciarlo (convalidación por preclusión) o, finalmente, porque el proceso ya ha concluido en forma definitiva en virtud de la cosa juzgada (convalidación por cosa juzgada)³.

Si bien estos límites son plenamente aplicables en aquellos casos en que la nulidad es promovida por las partes o terceros intervinientes, más discutible lo es si la nulidad pretende ser declarada de oficio por el juez, en particu-

¹ En cuanto a su naturaleza, se ha señalado que la convalidación constituye una renuncia. Así lo afirma OTERO (2000), p. 96, al afirmar: "la convalidación es en sí una renuncia al derecho de impetrar la nulidad de un acto jurídico procesal que afecta a la parte. Esto es reconocer tácita o expresamente la existencia de tal acto jurídico procesal y de sus efectos propios, sin reclamar de los vicios de que pueda adolecer y que pueden originar su nulidad". En sentido similar se pronuncia MAURINO (2001), p. 62, al expresar: "la convalidación o confirmación es la renuncia de la parte a pedir la nulidad del acto que de esta manera se subsana". En idéntico sentido COLOMBO (1997), tomo II, p. 478.

² SALAS (2004) pp. 89-97, distingue diversas maneras en que puede actuar la convalidación, las que en síntesis se resumen en las siguientes: a) Dependiendo del momento en que se produce la convalidación, se diferencia la convalidación anticipada de la definitiva; b) Dependiendo de la manifestación de voluntad en relación con la conformidad de la parte que puede alegar la nulidad, se diferencia la convalidación expresa de la tácita; c) Dependiendo del sujeto procesal que puede convalidar, se diferencia la convalidación del acto nulo y la rectificación del acto nulo.

³ La subsanación se diferencia de la convalidación en que aquella tuvo por objetivo la eliminación o enmienda del vicio que afectaba al acto, el cual, una vez corregido o subsanado, hace contraproducente que actúe la nulidad procesal.

lar cuando estos utilizan, de oficio, las potestades anulatorias que les otorgan los artículos 83 y 84 del *Código de Procedimiento Civil* (en adelante CPC).

A continuación, analizaremos los tipos de convalidación y como estos inciden o no en la declaración de nulidad de oficio.

2. CONVALIDACIÓN EXPRESA Y TÁCITA

Normativamente, la convalidación expresa y tácita están reconocidas en el inciso 2° del artículo 83 del CPC que expresa:

“... La parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización o que ha convalidado tácita o expresamente el acto nulo, no podrá demandar la nulidad”.

En palabras de Julio Salas:

“no debe confundirse la conformidad frente al acto irregular que le perjudica, traducida en la omisión de alegar la nulidad –convalidación tácita según la Ley N° 18.705– con la confirmación del mismo, que da lugar a la convalidación expresa del mismo (...). Se produce esta última, de acuerdo con la doctrina, cuando la parte afectada con el vicio realiza actuaciones en el proceso que, demostrando pleno y manifiesto conocimiento de él, contribuyen a que el acto en que incide cumpla a su respecto los fines previstos para uno correcto”⁴.

En sentido similar al autor precedente se manifiesta Juan Colombo, al afirmar:

“existe una convalidación expresa o por confirmación cuando se ejecutan actuaciones que manifiesta e ineuívocamente demuestran que el perjudicado con el acto irregular prescinde de invocar la nulidad.- La convalidación tácita se produce cuando la parte legitimada para solicitar la nulidad, en conocimiento del acto defectuoso, realiza cualquiera actuación que importe reconocer la validez del acto, dejando pasar las oportunidades prescritas por la ley para hacer valer la nulidad”⁵.

En nuestra opinión, la convalidación expresa y tácita depende de la manifestación de voluntad del sujeto legitimado para implorar la nulidad

⁴ SALAS (2004), pp. 92-93. El autor denomina “conformidad” a la convalidación tácita y “confirmación” a la convalidación expresa.

⁵ COLOMBO (2007), tomo II, p. 479.

procesal⁶. No se trata que la parte que puede pedir la declaración de nulidad permanezca en la inactividad procesal, en cuyo caso se trataría de una convalidación por preclusión, sino de la forma como se manifiesta la voluntad de aquella parte, es decir, exteriorizando expresamente su voluntad en cuanto a que no impetrará la nulidad (convalidación expresa) o realizando actuaciones judiciales distintas a la anterior, posteriores al vicio, que supongan conocimiento de éste y su intención de no alegar o impetrar la declaración de ineficacia (convalidación tácita)⁷.

La manifestación de voluntad es necesaria tanto para que actúe la convalidación expresa como la tácita. Esto lo demuestra una sentencia al indicar:

“...para que opere la convalidación es indispensable que la parte afectada con el vicio realice actuaciones en el proceso que, demostrando pleno y manifiesto conocimiento de él, contribuyen a que el acto en que incide cumpla a su respecto los fines previstos para uno correcto”⁸.

El problema que se produce es cómo diferenciar, en el proceso, aquellos casos en que la voluntad del litigante que puede solicitar la declaración de nulidad se manifiesta en forma expresa o tácita.

Naturalmente que no existe problema cuando la manifestación de voluntad es expresa, pues el legitimado señala de forma explícita que no alegará la nulidad procesal pudiendo hacerlo. Las dificultades surgen, entonces, cuando esa manifestación de voluntad no se produce expresamente, confundiendo la convalidación tácita con la convalidación por preclusión.

Para solucionar este obstáculo consideramos que debe diferenciarse la manifestación de voluntad tácita de la no manifestación de voluntad. Habrá aquiescencia tácita de voluntad en todos aquellos casos en que teniendo conocimiento del vicio el litigante ejercite un derecho o facultad procesal durante el procedimiento, sin que alegue el vicio procesal que afectaba al

⁶ En este sentido también lo afirma MAURINO (2001), p. 63, y explica que la expresa “se da cuando la parte perjudicada se presenta ratificando el acto viciado. Dada su simplicidad, consideramos que no requiere mayores explicaciones”. La tácita o presunta “es cuando la parte legitimada para pedir la nulidad, en conocimiento del acto defectuoso, no lo impugna por los medios idóneos (incidente, recurso etc.) dentro del plazo legal”. En el mismo sentido, aunque utilizando el término subsanación cfr. ALSINA (1963), tomo I, p. 674.

⁷ SALAS (2004), p. 93, es de la opinión de asimilar la convalidación tácita con la convalidación por preclusión. El autor sostiene: “en resumen, entendemos que la mera omisión de reclamar la nulidad por el perjudicado en las oportunidades dispuestas por la ley y con mayor razón durante el curso del proceso, da lugar a la forma de subsanar el acto viciado que en doctrina se conoce como convalidación por conformidad y que la Ley N° 18.705 identifica, al parecer, con la que llama convalidación tácita. Su pasividad o silencio es el antecedente que la lleva a ella”.

⁸ CA. de Concepción, 13 de noviembre de 2009, rol N° 299-2009, considerando 13°.

acto anterior, validándose la actuación irregular en virtud de esa manifestación de voluntad tácita. En otras palabras, puede que el sujeto legitimado para impetrar la declaración de nulidad de un acto, realice con posterioridad un acto que presuponga la validez del que es potencialmente nulo, entonces, estará exteriorizando una voluntad o aquiescencia tácita pues, está aceptando de forma implícita los efectos generados por el acto irregular anulable, quedando convalidado tácitamente.

La convalidación por preclusión, en cambio, se producirá cuando el sujeto legitimado para implorar la nulidad procesal decida no alegar o impetrar inoportunamente la existencia de un vicio susceptible de generar la nulidad, es decir, desde que tiene conocimiento del vicio deja transcurrir el plazo pertinente para alegar la nulidad, precluyendo la posibilidad o extinguiéndose la facultad procesal de impetrarla con posterioridad.

La convalidación en general ha sido reconocida por la jurisprudencia como un obstáculo que impide la declaración de nulidad⁹.

En lo relativo a la convalidación expresa y tácita, la jurisprudencia ha afirmado que ella procede en diversos casos como, por ejemplo, entre otros, que se convalidan los vicios del emplazamiento si el demandado comparece posteriormente al comparendo y no alega la nulidad del mismo¹⁰; la utilización de un procedimiento inadecuado es convalidable de manera tácita si las partes no reclaman en su oportunidad de tal vicio, en especial si no genera perjuicio a los litigantes¹¹; la falta de autorización del mandato judicial es convalidable tácitamente por gestiones posteriores de la parte¹²; la falta de firma del ministro de fe es convalidable tácitamente¹³; la omisión de la fecha de la manifestación en la resolución que tramitó la mensura se convalida si no se reclama de ella¹⁴; la presentación de un escrito antes de pedir la nulidad ocasiona la convalidación del vicio¹⁵.

⁹ En este sentido, CA. de Santiago, 24 de junio de 2003, en *GI*, N° 276, p. 113 y ss., también en *RDJ*, tomo C, sec. 2ª, pp. 88-91, considerando 3°; CA. de Concepción, 13 de noviembre de 2009, rol N° 299-2009, considerando 13°.

¹⁰ CS. 11 de diciembre de 2000, rol N° 385-2000, considerando 7°; CS. 26 de octubre de 2010, rol N° 4222-2009, considerando 7°; CA. de Concepción, 3 de julio de 2000, rol N° 916-1998, considerandos 5° y 6°.

¹¹ CS. 25 de octubre de 1963, *RDJ*, tomo LX, sec. 1ª, p. 316 y ss.; también en *FM*, N° 59, octubre, 1963, pp. 216-217.

¹² CA. de Santiago, 28 de diciembre de 1978, *RDJ*, tomo lxxv, sec. 2ª, p. 538 y ss.

¹³ CA. de Concepción, 29 de abril de 2010, rol N° 1748-2009.

¹⁴ CS. 4 de mayo de 1990, *RDJ*, tomo lxxxvii, sec. 1ª, pp. 21-30; también en *FM*, N° 378, sentencia N° 5, p. 161; *GI*, anexo del N° 119, p. 3 y ss., considerando 12.

¹⁵ CA. de Rancagua, 11 de abril de 2002, rol N° 18737-2002, considerando 5° al 7°. En similar sentido CS. 21 de marzo de 1978, en *FM*, N° 232, sentencia N° 4, p. 5, considerando 4°.

En consecuencia, tanto la convalidación expresa como la tácita constituyen límites que impiden la declaración de ineficacia. Estas formas de convalidación actúan cuando el acto irregular es posible de anularse, pero por una aquiescencia expresa o tácita del sujeto legitimado se valida la actuación irregular, potencialmente anulable, purgándose el vicio o defecto que adolecía el acto.

3. CONVALIDACIÓN POR CUMPLIMIENTO DEL FIN DEL ACTO

El cumplimiento de la finalidad del acto procesal irregular también constituye un tipo de convalidación, en particular, cuando la infracción recae sobre un requisito meramente formal. En otras palabras, el cumplimiento de la finalidad del acto procesal –no obstante ser irregular– actúa como un remedio que convalida el acto potencialmente anulable. Esto se genera porque el cumplimiento de la finalidad del acto procesal de que se trate se sobrepone al defecto que aquel adolece, permitiendo el ordenamiento, en ciertos casos, tenerlo como válido.

La observancia de la finalidad del acto procesal irregular se refiere a una finalidad objetiva, dispuesta por el ordenamiento jurídico, y no a una finalidad subjetiva que pueda aducir alguna de las partes¹⁶.

Este tipo de convalidación se circunscribe solo a las hipótesis en que se infringió un requisito de forma del acto, excluyendo su aplicación a aquellas hipótesis en que el acto jurídico procesal incumplió un requisito de contenido o en que aparece envuelta alguna norma de orden público¹⁷.

Parece lógico establecer que el acto viciado de forma quede convalidado cuando cumple la función a que está llamado por la ley. Dicha interpretación evita, a nuestro entender, considerar autónomamente el vicio de forma como causal de nulidad cuando la finalidad que busca la norma se ha cumplido, lo que contribuye a la estabilidad de los actos procesales y concuerda con el principio de economía procesal.

Esta forma de convalidación se reconoce en diversas legislaciones, siendo su máximo referente el artículo 156 del *Código de Procedimiento Civil*

¹⁶ En este sentido, CREUS (1995), p. 91, afirma: "huelga aclarar que el logro de la finalidad hace referencia aquí a la finalidad que la ley procesal en su tipificación asigna a los actos y no a la que las partes pretenden conseguir con ellos, más allá del tipo".

¹⁷ Así, por ejemplo, no puede actuar la convalidación por cumplimiento de la finalidad del acto en aquellas irregularidades que pueden afectar la validez de la relación procesal, como sucede con la incompetencia absoluta, la falta de jurisdicción, la falta de capacidad procesal para ser parte.

italiano¹⁸. También se reconoce en los artículos 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 227.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000. En Latinoamérica lo adoptan, entre otros, el *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* en su artículo 104; el *Código Procesal Civil de la Nación Argentina* en su artículo 169; y el *Código de Processo Civil* de Brasil en su artículo 244.

El *Código de Procedimiento Civil* no lo reconoce expresamente¹⁹. Sin embargo, no se trata de una institución nueva, pues se ha discutido en al menos dos proyectos de ley que tuvieron por objeto modificar el *Código de Procedimiento Civil*²⁰. En tales proyectos de ley no prosperó la incorporación expresa

¹⁸ El artículo 56 del *CPCI* de 1865, que según explica MARELLI (2000), pp. 14-15, proviene de los códigos de Cerdeña de 1854 y 1859, los que, a su vez, acogieron la norma del *Código* francés de 1806, fue duramente criticado por la doctrina de ese país. Así, entre otros, FURNO (1951), pp. 416, expresó los inconvenientes, afirmando: “a posteriori, no es difícil darse cuenta de la doble deficiencia del artículo 56 consistente, en primer lugar, en el hecho que el legislador no se dio el tiempo de aclarar qué debía entenderse por esencia y por elemento esencial del acto procesal: elementos destinados a aparecer con características diferentes y variables para cada especie de actos, y no se hace responsable de la identificación rápida y segura sin un criterio general de orientación; y en segundo lugar, la ausencia de una norma capaz de equilibrar de alguna manera los distintos efectos de aquel párrafo segundo del citado artículo 56, limitando la aplicación y así restablecer el equilibrio en el sistema positivo” (la traducción es nuestra). En similar sentido cfr. CHIOVENDA, (1949), tomo II, p. 150; CARNELUTTI (1944), tomo III, p. 578. Frente a las diversas críticas que la doctrina formuló al artículo 56, el sistema anulatorio fue reformulado en los artículos 156 a 162 del actual *Codice di Procedura Civile* de 1940. El nuevo *Código* introdujo el criterio del cumplimiento de la finalidad del acto que ya había trabajado la doctrina y jurisprudencia. De esta manera, el artículo 156 reza así: “Non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge. Può tuttavia essere pronunciata quando l’atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo. La nullità non può mai essere pronunciata, se l’atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato”. En traducción nuestra, la referida norma expresa: “No puede declararse la nulidad por falta de cumplimiento de las formas de algún acto procesal, si la nulidad no es impuesta por la ley. Sin embargo, puede ser pronunciada cuando el acto carece de los requisitos formales indispensables para el logro de su fin. Nunca puede pronunciarse la nulidad, cuando el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado”.

¹⁹ Distinta es la realidad en el ámbito del proceso penal, donde el artículo 164 del *CPP* resulta ilustrativo porque recoge varios principios que informan el sistema de nulidad, admitiendo expresamente el saneamiento del acto procesal irregular por cumplimiento de la finalidad.

²⁰ La primera alusión al cumplimiento de la finalidad del acto como limitante para declarar la nulidad del acto irregular se señaló en el *Mensaje* con que el Presidente de la República, Eduardo Frei Montalva, envió al Congreso, el 22 de agosto de 1969, un proyecto de ley modificatorio del *Código de Procedimiento Civil* (*Boletín de la Cámara de Diputados* N° 201-(69)-1), donde se expresó: “la nulidad procesal por vía incidental provoca en el ordinario problemas de la más variada índole, ya a los litigantes, ya al propio tribunal. Acorde con los criterios que se observan en los códigos procesales más modernos y con los adoptados por la doctrina y por la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores, el proyecto consigna normas

de este principio, sin embargo, el hito que marca su reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico fue la ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989, que modificó el *Código de Procedimiento Penal*²¹. Posteriormente, esta forma de convalidación fue recogida en el artículo 164 del actual *Código Procesal Penal*²² y también en el artículo 25, inciso 4°, de la ley N° 19.968²³.

de carácter general que le sirvan al intérprete de pauta orientadora en la solución de aquella problemática. Así se recoge el principio de que la nulidad procesal no solamente procede en razón de texto expreso de ley que la consagre, sino en virtud de la transgresión de normas imperativas de requisitos; que únicamente puede declararla el tribunal en virtud de petición de parte, salvo que la ley lo autorice para proceder de oficio; que está legitimada para solicitarla la parte en cuyo beneficio se encuentre establecida y siempre que el defecto le perjudique; que la inobservancia de la ley imperativa de requisitos no apareja la nulidad del acto si fue conseguida la finalidad a que está destinado, etc.". El texto que transcribimos también puede encontrarse en OTERO (2000), p. 88.

La segunda alusión al principio que nos referimos se produjo con motivo del proyecto de ley que dio lugar a la modificación introducida por la ley N° 18.705 al CPC. En efecto, según explica OTERO (2000), p. 86 y ss.: "con el objeto de dejar legalmente establecidos los demás principios de la nulidad procesal que se sustentan a partir de esta premisa, el autor en la 11ª Sesión de la Comisión Conjunta, celebrada el 11 de diciembre de 1987, propuso para discusión el siguiente artículo sustitutivo del artículo 83: 'artículo 83. La nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte, en los casos que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que exista un vicio de forma o de fondo que impida al acto cumplir con su finalidad e irroque a algunas de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad. La parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización o que ha convalidado tácita o expresamente el acto nulo, no podrá impetrar la nulidad'. 'El juez sólo podrá declarar la nulidad de oficio en aquellos casos en que se encuentre comprometido el orden público y siempre que el vicio conste determinadamente en el proceso y el acto viciado no haya cumplido con su finalidad. Ejecutoriada que sea la sentencia definitiva, quedan saneados todos los vicios de procedimiento salvo que incidan en el emplazamiento de la demanda o se trate de la incompetencia absoluta del tribunal' (...)". Posteriormente, durante la discusión del texto se sugirió suprimir la expresión relativa al cumplimiento de la finalidad del acto, lo cual fue acordado.

²¹ El artículo 28 de la ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989, que modificó el *Código de Procedimiento Penal* –actualmente derogado– agregó al referido cuerpo normativo el artículo 71 bis, que expresaba: "las nulidades quedan subsanadas si las partes no las oponen en las oportunidades establecidas en el artículo anterior; cuando las partes que tengan derecho a oponerlas hayan aceptado expresa o tácitamente los efectos del acto; y cuando, no obstante el vicio de que adolezca el acto, éste haya conseguido su fin respecto de todos los interesados".

²² El artículo 164 del *Código Procesal Penal*, relativo al saneamiento de la nulidad, expresa: "las nulidades quedarán subsanadas si el interviniente en el procedimiento perjudicado no impetrare su declaración oportunamente, si aceptare expresa o tácitamente los efectos del acto y cuando, a pesar del vicio, el acto cumpliera su finalidad respecto de todos los interesados, salvo en los casos previstos en el artículo 160".

²³ El artículo 25 inciso 4° de la ley N° 19.968, que creó los tribunales de familia, señala: "toda nulidad queda subsanada si la parte perjudicada no reclama del vicio oportunamente;

En el ámbito del proceso civil, este vacío normativo ha sido llenado por la jurisprudencia, la que se ha encargado en ciertas sentencias de afirmar que en caso de cumplirse la finalidad del acto y siempre que no exista perjuicio a la parte litigante no corresponde declarar la nulidad, reconociendo explícitamente la aplicación de este principio. Este actuar jurisprudencial creemos que se sustenta en la misma discusión que dio lugar a las modificaciones introducidas por la ley N° 18.705. En efecto, como explica Miguel Otero Lathrop:

“esto permite concluir que el acto procesal está establecido para un determinado fin, y que cumplido este, se ha alcanzado el propósito que la ley perseguía al establecer su procedencia y requisitos. Resulta, entonces, intrascendente para el proceso que el acto no haya sido formalmente ejecutado si ha cumplido con la finalidad prevista. Sin embargo, es posible que el acto procesal viciado haya cumplido su finalidad, pero en forma tal que cause un perjuicio procesal a la parte, esto es, que limite, entorpezca o suprima el ejercicio de sus derechos dentro del proceso (...). Esto demuestra que el sentido finalista del acto jurídico procesal tiene que mirarse dentro del contexto del proceso y no del acto en sí, considerado aisladamente. Es por ello que puede y debe declararse la nulidad del acto viciado, aun cuando haya cumplido su razón de ser, si la finalidad se ha logrado imperfectamente, causando un perjuicio procesal a la parte que sólo es reparable por la vía de la nulidad. El comisionado Bernales Pereira, en el seno de la comisión conjunta, acogiendo este principio, citaba el Código francés diciendo: ‘*pass de nullité sans grief*’ (no hay nulidad sin agravio)”²⁴.

La aplicación del principio del cumplimiento de la finalidad del acto procesal ocurre especialmente a propósito de las notificaciones que adolecen de ciertas irregularidades, pero que, por alguna circunstancia, la parte a quien se debió notificar, tuvo conocimiento efectivo de la resolución judicial y actúa, posteriormente, desplegando una actividad procesal que no tiene por objetivo alegar la nulidad procesal porque no ha sufrido un perjuicio relevante o no ha padecido indefensión (art. 55, inciso 1°, del CPC)²⁵.

De esta manera, ciertos trámites del proceso tienen por objetivo garantizar a los litigantes el correcto ejercicio de sus derechos y garantías pro-

si ella ha aceptado tácitamente los efectos del acto y si, no obstante el vicio de que adolezca, el acto ha conseguido su fin respecto de todos los interesados”.

²⁴ OTERO (2000), pp. 98-99.

²⁵ Estas hipótesis se explican como una forma de convalidación, véase CAMIRUAGA (2004), p. 97.

cesales de actuación y defensa, pero una vez que han sido satisfechas aquellas finalidades y siempre que no se haya producido un estado de indefensión o perjuicio para las partes, el proceso debe continuar su desarrollo normal, sin que estas, *a posteriori*, puedan hacer revivir situaciones que quedaron convalidadas por otras actuaciones que demuestran el cumplimiento del fin del acto procesal determinado.

En consecuencia, el cumplimiento de la finalidad del acto constituye otro límite que disuade la declaración de ineficacia. Para que este actúe es necesario que el acto procesal cumpla su propósito y que, además, no genere un perjuicio a alguna de las partes. Se trata de un principio que informa el sistema anulatorio procesal civil –sin perjuicio que su reconocimiento expreso está en el *Código Procesal Penal* y en la ley N° 19.968–, que ha sido aplicado escasamente por la jurisprudencia, no obstante, reclama un reconocimiento expreso en el *Código de Procedimiento Civil*, constituyendo una hipótesis que proponemos de *lege ferenda*.

4. CONVALIDACIÓN POR PRECLUSIÓN

La convalidación por preclusión, también denominada por la doctrina como convalidación anticipada²⁶, consiste en que el acto procesal irregular se validará cuando la parte legitimada para impugnar la nulidad, deje transcurrir el tiempo dentro del cual debió impetrar la declaración de ineficacia, actuando la preclusión, quedando impedida de denunciarla posteriormente²⁷.

De esta manera, el no ejercer la carga procesal que tiene por objetivo pedir la declaración de nulidad, o la ejecución inoportuna de la misma, importará la preclusión del mecanismo para hacer valer la nulidad, lo que trae aparejado que el acto que adolezca de algún vicio invalidante quedará convalidado por efecto de la preclusión. En otras palabras, podemos afirmar que

²⁶ Así la denominan SALAS (2004), p. 92; PEÑA (2010), p. 54.

²⁷ En similar sentido al que exponemos, COLOMBO (1997), tomo II, p. 477 afirma: "...la nulidad procesal se sanea por la preclusión de la facultad establecida por la ley para hacerla valer. Así, a partir de la última reforma, en el proceso civil el incidente de nulidad procesal debe promoverse dentro del plazo de cinco días contados desde que aparezca o se acredite que quien debe reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio (artículo 83 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil). Transcurrido dicho plazo, se extingue la facultad de hacerla valer, a menos que se trate de la incompetencia absoluta del tribunal". En el mismo sentido cfr. GANDULFO (2009), p. 164, quien afirma: "Desde otra perspectiva, la preclusión produce un efecto de *saneatio* del proceso, en vistas a obtener una sentencia definitiva limpia. En efecto, mediante la preclusión se extinguen las opciones de hacer valer los vicios de las nulidades que afecten al proceso y que, eventualmente, por el principio de extensión, pudiesen rebotar en la sentencia definitiva".

la preclusión tiene una función saneadora de ciertos vicios o irregularidades que padece la actividad procesal²⁸.

Para que actúe la convalidación por preclusión solo es necesario que el sujeto legitimado para impetrar la declaración de nulidad procesal deje transcurrir el plazo para impugnar el acto viciado o alegue la nulidad de manera extemporánea o inoportuna²⁹.

Los mecanismos más ortodoxamente utilizados para solicitar la declaración de nulidad son los incidentes de nulidad procesal (arts. 79, 80 y 83 del CPC) y el recurso de casación en la forma (art. 768 del CPC). En ellos se aprecia nítidamente cómo la preclusión tiene una función convalidante de las irregularidades procesales, la cual extiende sus efectos al recurso de casación en la forma.

La regla general es que los vicios que puede padecer la actividad procesal sean denunciados cuanto antes. Esto se manifiesta, en primer lugar, a propósito de los incidentes de nulidad, por el breve plazo que el ordenamiento establece para su promoción dependiendo de cada caso concreto (arts. 79, 80 y 83 del CPC).

El efecto preclusivo originado por el no ejercicio de la carga procesal que tenga por objetivo solicitar la declaración de nulidad se proyectará en los medios de impugnación, especialmente al recurso de casación en la forma, pues este recurso será desestimado o declarado inadmisibles por falta de preparación del mismo (siempre que requiera preparación). En efecto, el artículo 769 del CPC dispone que para que sea admitido el recurso de casación en la forma es indispensable que el que lo entabla haya reclamado de la falta, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley³⁰.

²⁸ La doctrina comparada se refiere a esta función saneadora de la preclusión. Así, entre otros, cfr. LOZANO-HIGUERO (1986), pp. 845-861; DO PASSO CABRAL (2010), pp. 253-268.

²⁹ La diferencia entre convalidación expresa, tácita y por preclusión es reconocida por la jurisprudencia. Así, una sentencia de la CA. de Santiago, 24 de junio de 2003, *GJ.*, N° 276, p. 113 y ss., también en *RDJ.*, tomo C, sec. 2^a, pp. 88-91, considerando 3°, expresa: “3° Que el ejercicio de la función correctora que la ley entrega a las partes y en forma excepcional a la iniciativa del juez, debe entenderse limitada por la aplicación de una serie de principios de orden procesal, rectores en materia de nulidades de esta índole, tales como el de convalidación o subsanación, preclusión, trascendencia y protección, principios que, respectivamente, obstan a la declaración de nulidades en aquellas situaciones en que la parte que pueda estimarse perjudicada por las actuaciones supuestamente irregulares, las convalida por medio de su voluntad o consentimiento expreso o tácito, o si no impugna el acto procesal viciado en tiempo y forma, no obstante haber tenido conocimiento de su realización o, finalmente, si la violación de las formas procesales de que se trate, no han provocado indefensión o causado perjuicios ciertos y efectivos”.

³⁰ La exigencia de “preparación del recurso” es de antigua data en nuestra legislación. En efecto, esto ya se exigía a propósito del recurso de nulidad regulado en la Ley Mariana de 1

Este efecto extensivo de la preclusión a los medios de impugnación lo percibe Enrique Vallinés, quien afirma:

“el efecto extensivo de la preclusión se manifiesta especialmente respecto de las posibilidades de impugnación de infracciones jurídicas en el proceso. A quien haya dejado precluir sus facultades de denunciar una concreta infracción jurídica en el seno del proceso no se le atribuirán ulteriormente facultades que tengan el mismo contenido o la misma finalidad, esto es, que tengan como objetivo corregir la concreta infracción jurídica producida”³¹.

La convalidación por preclusión se fundamenta en varias razones.

En primer lugar, que la parte afectada por un vicio de nulidad, teniendo la posibilidad de denunciarlo, lo haga cuanto antes, con la finalidad que el juez disponga la manera en que se repare el defecto, y en caso de no ser posible la enmienda o corrección, que se declare la nulidad del acto. En este sentido, la denuncia de la nulidad tiene una función preventiva, pues impedirá la declaración de nulidad posterior de otros actos conexos al que se pretende nulo. También se relaciona con la buena fe procesal, pues el litigante que solicitó la declaración de nulidad de un acto al final del proceso, pudiendo haberlo hecho válidamente antes, en nuestra opinión, actúa de mala fe³².

En segundo lugar, porque en el evento que la parte legitimada no denuncie el vicio ni solicite un pronunciamiento anulatorio, tratándose de irregularidades que solo pueden ser denunciadas por las partes, estas quedarán definitivamente convalidadas por la preclusión. Esto es lo que se denomina por algunos como efectos intraprocesales de la preclusión, el cual consiste

de marzo de 1837, cuyo artículo 15 inciso 1° disponía: “Para que el tribunal superior declare haber nulidad es necesario que la parte que interpone el recurso hubiere reclamado ante el juez o tribunal *a quo* del defecto o vicio en que lo funda, cuando éste se cometió o llegó a su noticia; salvo si el vicio ocurrió en el pronunciamiento de la sentencia que se intenta anular o consiste en otro defecto de que la parte no pudiese ser sabedora antes de entrar la causa en acuerdo”. Sobre la preparación del recurso de casación en la forma, entre otros, cfr. TAVOLARI (1996), pp. 61-63; MOSQUERA y MATURANA (2010), pp. 260-264.; CASARINO (2005), tomo IV, pp. 176-178; ORELLANA (2008), tomo IV, pp. 158-161; OBERG y MANSO (2008), pp. 87-90.

³¹ VALLINÉS (2004), p. 276. En el mismo sentido MARTÍN (1996), p. 306; LOZANO-HIGUERO (1986), pp. 845-861.

³² Con respecto a la buena fe, MOSQUERA y MATURANA (2010), p. 264, afirman: “la preparación del recurso de casación en la forma tiene gran importancia, por cuanto es un instrumento para resguardar la buena fe en el proceso, al impedir que las partes omitan reclamar de los vicios durante el curso del procedimiento, reservándolos para hacerlos valer en contra de la sentencia según la conveniencia que esta tenga para sus intereses”. En este mismo sentido cfr. ESPINOSA (1980), p. 162; TAVOLARI (1996), p. 61; CASARINO (2005), tomo IV, p. 177; ORELLANA (2008), tomo IV, p. 159.

en que la preclusión originada en una instancia se proyecta o traspasa a otras instancias y fases del proceso³³. En nuestro sistema procesal civil esto ocurre cuando por el hecho de no reclamar de una concreta infracción en un determinado momento, queda posteriormente vedada la posibilidad de recurrir de casación en la forma por falta de preparación del recurso (art. 769 del CPC).

En tercer lugar, son evidentes las razones de economía procesal que inspiran esta técnica, pues, finalmente, los vicios no denunciados son validados por las partes porque no les deparan ningún perjuicio, porque no los percibieron o, simplemente, porque les resultan irrelevantes (irregularidad no invalidante). De nuevo, aquí se percibe cómo el efecto sanador de la preclusión fomenta la aplicación del principio de conservación de los actos procesales irregulares.

En cuarto lugar, puede sostenerse que la función sanadora de la preclusión se funda en evitar que se lesione el orden y la estabilidad de los procedimientos³⁴.

En consecuencia, no cabe duda que la preclusión constituye una forma de convalidación de los vicios procesales.

La pregunta que cabe hacerse, entonces, es, si se convalidan todos los vicios o si solo actúa respecto de algunos vicios. Esto lo analizaremos en la parte final de esta investigación.

5. CONVALIDACIÓN DE LOS VICIOS QUE ADOLECE LA ACTIVIDAD PROCESAL POR LA COSA JUZGADA

Todas las posibilidades de impugnación de un acto procesal deben realizarse *in limine litis* y tan pronto como lleguen a conocimiento de la parte a quien interesa que se declare la ineficacia, es decir, dentro del proceso debe existir un momento final en que precluye el derecho de impugnar o invalidar un acto. En nuestra opinión, no es posible sostener que se permita impugnar la validez o eficacia de un acto procesal sin que exista un límite temporal³⁵.

Una vez que el proceso termina por sentencia definitiva que adquiere el carácter de firme (art. 174 del CPC), se origina la eficacia de cosa juzgada, propia de ciertas resoluciones judiciales, en virtud de la cual, la decisión de

³³ Sobre la eficacia extintiva de la preclusión en el proceso en que se produce (efectos intraprocesales de la preclusión) cfr. VALLINÉS (2004), p. 281 y ss.

³⁴ Este argumento también es expuesto en los términos a que nos referimos por COLOMBO (1997), tomo II, p. 479.

³⁵ En este sentido cfr. ANDRÉS (2005), p. 31; ALMAGRO (1988), pp. 317-329.

fondo que aquella contiene es inmutable o inalterable. Asimismo, desde ese momento algunas irregularidades de naturaleza procesal ya no serán posibles de controlarse porque quedaron convalidadas por la cosa juzgada. Lo anterior se sostiene en el concepto de jurisdicción que involucra aquel poder deber del Estado de que sus órganos jurisdiccionales administren justicia y que lo resuelto, en definitiva, tenga valor o eficacia de cosa juzgada, es decir, que dicha decisión, desde la teoría procesalista moderna de la cosa juzgada, sea inmutable o inalterable³⁶. Por otra parte, negar la existencia de un límite temporal que impide declarar inválido un acto procesal, constituye negar el concepto y características de la jurisdicción, una de las cuales es la cosa juzgada.

La doctrina considera que la cosa juzgada constituye la causa extrema de convalidación de las nulidades en el proceso³⁷. En efecto, si la nulidad procesal constituye una forma de invalidez de los actos procesales parece lógico que esta solo pueda hacerse valer mientras exista juicio pendiente, *in limine litis*, y antes que la resolución judicial adquiera el efecto de cosa juzgada.

La jurisprudencia ha reiterado innumerables veces que la nulidad debe pedirse y que el vicio queda saneado si las partes no lo reclaman dentro del juicio *–in limine litis–* por medio de los recursos y dentro de los plazos que establece la ley. Una vez que las resoluciones adquieren firmeza queda vedado discutir la corrección o legalidad de los actos del proceso que le sirvieron de base, salvo las hipótesis constitutivas de la acción de revisión³⁸.

³⁶ Sobre las teorías que explican el efecto de la cosa juzgada y cómo han sido recogidas por nuestra jurisprudencia cfr. ROMERO (2002), pp. 11-18 y 41-91. También ROMERO (2001), pp. 788-789.

³⁷ En este sentido PEREIRA (1954), p. 103; HERNÁNDEZ (1995), p. 113; CHIOVENDA (1977), tomo II, p. 102; VERGÉ (1987), pp. 31 y 43; CALAMANDREI (1973), tomo III, p. 296 y ss. En contra MORÓN (1957), p. 166 y ss.

³⁸ CS, 11 de noviembre de 1955, en *RDJ*, tomo LII, sec. 1ª, pp. 362-368. En sentido similar, CS, 6 de abril de 1939, en *RDJ*, tomo XXXVII, sec. 1ª, pp. 1-3, en el considerando 2º dispone: “las razones que dan vida a la institución de la autoridad de cosa juzgada, una vez agotados los recursos legales para enmendar los posibles errores de fallos, sirven a favor de la sentencia buena y para mantener la errónea; de manera que el juez, llamado a resolver la cuestión ya juzgada, no tiene para que estudiar si la sentencia anterior tiene defectos de forma o de fondo, sino limitarse a saber si existe o no, y si entre los dos juicios se presentan identidades de partes, de cosa pedida y de causa de pedir.”; CS, 4 de mayo de 1990, *RDJ*, tomo LXXXVII, sec. 1ª, pp. 21-30, en el párrafo 3º del considerando 14º señaló: “el sistema chileno no autoriza ventilar la nulidad procesal en un nuevo proceso, salvo el caso de la acción de revisión, motivo por el cual quien lo intente como conflicto de intereses de relevancia jurídica, que otorga acción para impetrarla por la vía de un nuevo proceso, está vulnerando los artículos 5, 109 y 112 del Código Orgánico de Tribunales”; CA. de Antofagasta, 15 de enero de 1993, en *RDJ*, tomo XC, sec. 2ª, pp. 9-11, la cual en su considerando 2º sostuvo “que cabe decir que las nulidades procesales deben alegarse *in limine litis*, ya que la ley concede ‘a las partes’ oportunidades y términos dentro de los cuales pueden hacerse valer. Por tal razón la acción ordinaria de nulidad para invalidar actuaciones de

Esta forma de convalidación es reconocida por la doctrina³⁹, la cual también la denomina como convalidación definitiva⁴⁰. La doctrina comparada también admite este tipo de convalidación, sosteniendo, en síntesis, que la resolución que pone fin al proceso constituye una causa de convalidación extrema de los vicios de nulidad procesal⁴¹.

Admitido este tipo de convalidación, cabe analizar qué vicios son posibles de convalidarse y cuáles no admiten tal posibilidad. Este es un tema que la doctrina constantemente discute, existiendo algunos autores que afirman que ciertos vicios son no convalidables⁴², mientras que otros aseveran que todos los vicios son susceptibles de saneamiento por convalidación por cosa juzgada⁴³.

Con todo, la posibilidad que los vicios de nulidad procesal sean convalidados en virtud de la cosa juzgada resulta debatible, por lo que habrá que

un juicio es absolutamente improcedente"; CA. de Punta Arenas, 28 de mayo de 1993, en *RDJ*, tomo XC, sec. 2ª, pp. 74-76, aunque refiriéndose especialmente a la incompetencia absoluta de un juez partidario, dispuso: "la nulidad pertinente puede invocarse en cualquier momento del proceso, hasta que surja la autoridad de cosa juzgada". En similar sentido la CS, 26 de diciembre de 1989, en *RDJ*, tomo LXXXVI, sec. 1ª, pp. 151-153 señaló: "...si las partes no piden la nulidad dentro de esas oportunidades legales se produce en realidad una renuncia por parte de ellas al derecho a solicitarlas y se estima que, con tal renuncia, los vicios quedan saneados".

³⁹ La doctrina nacional alude a este tipo de convalidación. Así, COLOMBO (1997), tomo II, p. 477, afirma: "la nulidad procesal se sana por la resolución que la deniega. Ejecutoriada que sea la resolución, y que normalmente tiene el carácter de sentencia interlocutoria, va a producir el efecto de cosa juzgada y con ello se producirá la máxima purga de la nulidad procesal". Por otra parte, SALAS (2004), pp. 89-90, afirma: "terminado el proceso por resolución ejecutoriada, nace el efecto de la excepción de cosa juzgada que impide volver a discutir entre las mismas partes lo allí resuelto, ni menos cuestionar la corrección de las actuaciones verificadas. El procedimiento queda saneado con el fin del juicio, pues, la ley procesal propende a mantener la inmutabilidad de lo obrado y declarado por los tribunales como verdades inamovibles y exactas". En el mismo sentido cfr. PEÑA (2010), p. 53.

⁴⁰ Así la denomina SALAS (2004), p. 92, al indicar: "...el Código reconoce la convalidación definitiva de los actos nulos por medio del efecto de la autoridad de la cosa juzgada".

⁴¹ En este sentido, en el derecho italiano cfr. CALAMANDREI (1996), vol. III, p. 300; SATTI (1971), tomo I, p. 256 y ss.; MANDRIOLI (2000), tomo II, p. 244 y ss. En el derecho español cfr. MARTÍN DE LA LEONA (1996), p. 253 y ss.; HERNÁNDEZ (1995), p. 323 y ss.

⁴² Cfr. TAVOLARI (2000), pp. 257-258, quien sostiene que habrá nulidad insanable "cuando la ley disponga o se desprenda que el juez deba declararla de oficio y que ella no sea convalidable (...) cuando se vulnera una disposición constitucional que regule actuaciones procesales (...) –y– cuando por desconocerse los llamados presupuestos procesales, se impida la existencia de un proceso debido"; DEVIS (1985), tomo II, p. 673, afirma: "...son insaneables la falta de jurisdicción, el proceder contra providencia ejecutoriada del superior o revivir procesos legalmente concluidos, seguir un procedimiento distinto del que legalmente corresponda y la incompetencia funcional".

⁴³ En este sentido cfr. ALSINA (1963) tomo I, p. 615; LIEBMAN (1980), p. 202; PODETTI (1963), p. 277; BERIZONCE (1967), p. 117.

precisar las razones para sostener tal afirmación. A continuación, explicaremos las posibles soluciones.

Lo primero que diremos es que la nulidad procesal, transcurrida la primera instancia, se absorbe por los medios de impugnación para hacerla valer. Así, los principales mecanismos para alegarla serán: la vía incidental, el recurso de apelación y el recurso de casación en la forma, sin perjuicio de las potestades que detenta el juez o tribunal para declararla de oficio. En caso que la resolución de que se trate quede firme, ya sea porque no proceden más recursos contra ella (resolución irrecurrible), porque tales recursos no se impetraron dentro de los plazos legales, porque ya no existen más recursos que la puedan atacar o porque el recurso implorado se declaró inadmisibile, se originará el efecto de cosa juzgada. El problema es: ¿qué ocurre con los vicios de nulidad que no se denunciaron?, ¿se convalidan por la cosa juzgada o por la preclusión de las facultades para denunciar los vicios de nulidad?

En nuestro ordenamiento procesal civil la solución pasa por determinar si existen etapas posteriores a la formación de la cosa juzgada dentro de las cuales se permita obtener la declaración de nulidad procesal.

El efecto de cosa juzgada se produce en los casos que dispone el artículo 174 del CPC. Así, la referida disposición señala:

“se entenderá firme o ejecutoriada una resolución desde que se haya notificado a las partes, si no procede recurso alguno en contra de ella; y, en caso contrario, desde que se notifique el decreto que la mande cumplir, una vez que terminen los recursos deducidos, o desde que transcurran todos los plazos que la ley concede para la interposición de dichos recursos, sin que se hayan hecho valer por las partes. En este último caso, tratándose de sentencias definitivas, certificará el hecho el secretario del tribunal a continuación del fallo, el cual se considerará firme desde este momento, sin más trámites”.

Nuestro ordenamiento jurídico establece la firmeza de una resolución cuando ya no cabe interponer ningún recurso contra aquella, lo que lleva a afirmar que mientras proceda algún recurso contra una determinada resolución, aún no se genera este efecto, pudiendo denunciarse la nulidad procesal mientras la ley contemple algún mecanismo para alegarla.

Así, una vez que las partes han deducido todos los medios de impugnación contemplados por la ley, o han dejado transcurrir los plazos para deducirlos, entonces solo desde ese momento la resolución devendrá en firme, clausurándose toda posibilidad de alegar un vicio de nulidad procesal⁴⁴.

⁴⁴ La convalidación definitiva o por cosa juzgada también es aplicable a los equivalentes jurisdiccionales porque estos producen el mismo efecto. Así, por ejemplo, una sentencia CA.

Por otra parte, lo anterior está en consonancia con el principio que las nulidades deben denunciarse *in limine litis*, es decir, mientras exista juicio pendiente⁴⁵.

En consecuencia, es posible sostener que los vicios procesales susceptibles de anulación quedan convalidados por la cosa juzgada o, que al menos, estos son irrelevantes una vez que la resolución adquiere tal carácter⁴⁶.

de La Serena, 9 de junio de 1978, en *RDJ*, tomo LXXV, sec. 2ª, p. 223 y ss., considerando A, párrafo quinto, expresó: “Que aprobada un acta de conciliación o avenimiento, por el tribunal que está conociendo de la causa en que incide, tal actuación procesal sustitutiva de la sentencia, adquiere típica expresión de la potestad jurisdiccional de los tribunales y en tal carácter, por expresa disposición de la ley –artículo 267 del Código de Procedimiento Civil– se estimara como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales y, en tal caso, cualquier irregularidad u omisión que posteriormente se alegue por alguna de las partes, en cuanto en su concepto pudiere haberse incurrido en las actuaciones procesales o tramites que llevan al avenimiento entre las partes del juicio, no facultan a estas para desconocer un avenimiento o conciliación aprobados por el tribunal, ya que tales vicios sólo pudieron haberse alegado como nulidades procesales, deducidos en tiempo y forma, cuando aún estaban pendientes la litis y los trámites que conducen a la conciliación pero no cuando esta ya se hubiere aprobado por el tribunal, aprobación que en este caso adquiere carácter de una sentencia ejecutoriada, para todos los efectos legales, como se ha dejado ya dicho”.

⁴⁵ En sentido correcto se pronuncian las siguientes sentencias: CS. 6 de abril de 1939, en *RDJ*, tomo XXXVII, sec. 1ª, pp. 1-3, considerando 2º, al disponer: “Que las razones que dan vida a la institución de la autoridad de cosa juzgada, una vez agotados los recursos legales para enmendar los posibles errores de fallos, sirven a favor de la sentencia buena y para mantener la errónea; de manera que el juez, llamado a resolver la cuestión ya juzgada, no tiene para que estudiar si la sentencia anterior tiene defectos de forma o de fondo, sino limitarse a saber si existe o no, y si entre los dos juicios se presentan identidades de partes, de cosa pedida y de causa de pedir”; CS. 4 de mayo de 1990, en *RDJ*, tomo LXXXVII, sec. 1ª, pp. 21-30, considerando 14º, párrafo 3º expresa: “el sistema chileno no autoriza ventilar la nulidad procesal en un nuevo proceso, salvo el caso de la acción de revisión, motivo por el cual quien lo intente como conflicto de intereses de relevancia jurídica, que otorga acción para impetrarla por la vía de un nuevo proceso, está vulnerando los artículos 5º, 109 y 112 del Código Orgánico de Tribunales”; CA. de Antofagasta, 15 de enero de 1993, en *RDJ*, tomo XC, sec. 2ª, pp. 9-11, considerando 2º sostuvo: “que cabe decir que las nulidades procesales deben alegarse in limine litis, ya que la ley concede ‘a las partes’ oportunidades y términos dentro de los cuales pueden hacerse valer. Por tal razón la acción ordinaria de nulidad para invalidar actuaciones de un juicio es absolutamente improcedente”; CA. de Punta Arenas, 28 de mayo de 1993, en *RDJ*, tomo XC, sec. 2ª, pp. 74-76, considerando 6º, aunque refiriéndose especialmente a la incompetencia absoluta de un juez partidor, dispuso que “...la nulidad pertinente puede invocarse en cualquier momento del proceso, hasta que surja la autoridad de cosa juzgada”.

⁴⁶ LOURIDO (2004), p. 241, prefiere utilizar el término irrelevante para sostener que “las nulidades procesales, como regla general, dejan de ser relevantes (expresión que estimamos preferible a la de que se entienden subsanadas), cuando la sentencia adquiere firmeza, en concordancia con la regla de que las nulidades se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate...”.

Lo anterior, también significa que las hipótesis de nulidad procesal son absorbidas por los recursos procesales, o si se quiere, de manera más amplia, por los medios de impugnación, porque una vez utilizados todos ellos, ya no es posible obtener la declaración de nulidad, justamente porque se han agotado todos los medios para obtenerla. Nuestro proceso civil, por lo demás, no contempla, en general, la posibilidad de poder atacar una sentencia interlocutoria o definitiva una vez que ha adquirido el carácter de firme (salvo a través de la acción de revisión), lo que demuestra que la cosa juzgada tiene una función de convalidación de los vicios o, al menos, para quienes no pretenden que los vicios procesales se convaliden, será irrelevante la existencia de vicios procesales una vez adquirido el efecto de cosa juzgada.

Determinada la regla general, conveniente es preguntarse si existen ciertas hipótesis que excepcionalmente permitan denunciar un vicio, en cuya virtud se pueda obtener la declaración de nulidad procesal, aunque la sentencia interlocutoria o definitiva esté firme.

Para contestar lo anterior es necesario aludir a dos hipótesis especiales. Nos referimos a las hipótesis de cosa juzgada fraudulenta y cosa juzgada aparente, las que analizaremos a continuación.

5.1 Las hipótesis de cosa juzgada aparente

La ley no regula las hipótesis de cosa juzgada aparente. Tampoco establece las consecuencias que pueden generarse en caso que se produzca. En lo que nos interesa, consideramos conveniente determinar las hipótesis que la generan y sus consecuencias, pues, la cosa juzgada aparente puede incidir en la declaración de nulidad.

En cuanto a las hipótesis que originarían cosa juzgada aparente, suele señalarse que se generan cuando se infringe o falta alguno de los presupuestos procesales⁴⁷ o cuando “la sentencia proviene de una relación procesal en la que han faltado todos o algunos de los requisitos de existencia”⁴⁸.

El control de los presupuestos procesales corresponde especialmente a las partes, las que utilizarán en primer lugar las denominadas excepciones procesales (dilatatorias en el juicio ordinario) para lograr su correcta configuración sin perjuicio de los demás medios de impugnación. El juez también podrá controlar los presupuestos procesales en virtud de sus facultades para actuar de oficio, previniendo una posterior declaración de nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84, inciso 4°, del CPC. Sin embargo, en la práctica

⁴⁷ Cfr. ROMERO (2002), p. 38 y ss. En este mismo sentido, VARELA-MÉNDEZ (2002), pp. 201-212.

⁴⁸ ROMERO (2001), p. 787.

ocurre que las partes son las que ordinariamente denuncian la falta de un presupuesto procesal y solo de forma excepcional el juez de oficio lo denuncia.

Normativamente, el único caso que regula la ley como hipótesis de cosa juzgada aparente tiene relación con la falta de emplazamiento, especialmente al establecer que la falta de este presupuesto procesal puede alegarse una vez que el proceso ha concluido por sentencia firme (cuando existe apariencia de sentencia firme)⁴⁹. En virtud de esto estudiaremos esta hipótesis en particular.

Nuestra ley procesal civil considera al emplazamiento como un pilar fundamental, como un principio natural común en todo proceso, desde el cual se construye el debido proceso, pues para que exista es necesario que la ley otorgue la posibilidad de ser oído, esto es, que se cumpla con el principio de bilateralidad de la audiencia en virtud del cual, nadie puede ser condenado sin ser antes oído en juicio (*auditur et altera pars*).

El principio de bilateralidad de la audiencia es protegido por nuestro ordenamiento jurídico pudiendo controlarse su observancia durante varias etapas del proceso. En efecto, para salvaguardar la aplicación práctica de este principio, la ley dispone de varios mecanismos que actúan durante el proceso, pudiendo denunciarse su inobservancia en diversas oportunidades procesales. Con este fin, la ley reguló diversos mecanismos procesales, como son: el incidente de nulidad especial por la falta de emplazamiento (art. 80 del CPC) y el recurso de casación en la forma (art. 768 N° 9, 795 N° 1 y 800 N° 1 del CPC). Concluido el proceso por sentencia firme, igualmente se puede denunciar la inobservancia de este presupuesto procesal a través del incidente especial de nulidad procesal por falta de emplazamiento (arts. 80, 182 inc. 2° y 234 inc. 4° del CPC). De esta manera, el ordenamiento jurídico ha considerado tan relevante el cumplimiento de este presupuesto procesal que admite a la parte indefensa alegar la falta de emplazamiento, incluso una vez que el proceso se encuentra concluido por sentencia firme y en la etapa de ejecución de la misma⁵⁰.

⁴⁹ Concuera con la hipótesis que exponemos GANDULFO (2001), p. 151. Sin embargo, el referido autor señala otros casos que afectarán, en palabras del mismo, la preclusión final, como son, entre otros: la inobservancia de presupuestos procesales; el recurso de aclaración rectificación o enmienda; la incompetencia absoluta.

⁵⁰ En este sentido lo han afirmado diversas sentencias, CA. de Santiago, 2 de junio de 1945, *RDJ*, tomo XLII, sec. 2ª, p. 27, considerando 4º, que dispuso: "... la Ley N° 7760, modificatoria del Código de Procedimiento Civil, destacó aún más la importancia de este derecho pues, aclarando la duda que antes existía, establece en el artículo 182 que él se puede ejercitar aun cuando se haya dictado sentencia definitiva en la causa, y en el inciso final del artículo 234 faculta a las partes para invocar el artículo 80 en el cumplimiento de las sentencias, no obstante que en ése trámite se pueden hacer valer sólo contadas excepciones". En similar sentido, CA.

Lo anterior no constituye una excepción a que la nulidad procesal solo puede denunciarse *in limine litis*, sino que, por el contrario, la falta de emplazamiento impide que se forme válidamente la relación procesal, característica esencial de todo proceso, por lo que en caso que se dicte sentencia definitiva, será solo aparente, originándose una apariencia de cosa juzgada, que no obsta para pedir la nulidad de todo lo obrado en su contra.

En consecuencia, la falta de emplazamiento impide la formación de una real cosa juzgada. El efecto de cosa juzgada que puede adquirir una sentencia que se dictó sin previo emplazamiento de la parte, no es susceptible de provocar la convalidación de este vicio que afecta la validez de todo el proceso, pudiendo denunciarse la inobservancia del emplazamiento en cualquier momento porque la ley así lo establece y concede los instrumentos para impetrar su denuncia.

5.2 *La cosa juzgada fraudulenta*

La producción de cosa juzgada fraudulenta se vincula a aquellas hipótesis en que durante el desarrollo del proceso se han cometido ciertos ilícitos o utilizado medios fraudulentos para obtener una sentencia.

Estas hipótesis generan una tensión entre dos valores esenciales como son la justicia y la seguridad jurídica. Una vez que el proceso ha terminado en virtud de una resolución firme y ejecutoriada (art. 174 del CPC) no es posible que sigan existiendo mecanismos procesales que tienen por objetivo volver a revisar la justicia de la decisión o la legalidad del procedimiento. Para una correcta administración de justicia es necesario que exista un momento procesal que clausure el debate, que impida a las partes seguir implorando revisiones de lo decidido jurisdiccionalmente. En similares términos, la existencia de eventuales irregularidades procesales no son motivos para que la ley establezca una serie ilimitada de medios de impugnación que permita atacarlas, pues esto contraría el principio de seguridad jurídica.

de Santiago, 20 de noviembre de 1945, en *RDJ*, tomo XLIII sec. 2ª, p. 53, considerando 11º, afirma: "...desde la vigencia de la Ley N° 7.760 que modificó diversas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, el hecho de que se haya expedido sentencia definitiva con anterioridad al incidente de nulidad de lo obrado, que otorga el artículo 80 de dicho Código al litigante rebelde, no afecta la oportunidad de la promoción de un artículo de esta naturaleza propuesto después, porque el artículo 182 (antiguo 205), que establece la intangibilidad de la sentencia definitiva o interlocutoria notificada a una de las partes, fue complementado con un inciso que dejó a salvo aún en esta situación, el derecho que al rebelde confirió el artículo 80". Idéntica interpretación adoptan las sentencias de la C.S. 17 de mayo de 1958, en *RDJ*, tomo IV, sec. 1ª, p. 85 y ss., considerando 6º; CA. de Concepción, 26 de abril de 1993, en *RDJ*, tomo XC, sec. 2ª, p. 63 y ss., considerandos 3º al 5º; CA. de Rancagua, 2 de junio de 2011, rol N° 1118-2010.

Por otra parte, como ya explicamos, la firmeza de la resolución que pone término al proceso generará, como regla general, una convalidación de los vicios existentes durante el transcurso del proceso, pues la nulidad procesal tiene límites impuestos por el ordenamiento que impiden su declaración.

Teniendo en consideración que el ordenamiento jurídico establece límites a la declaración de nulidad procesal, es comprensible que el legislador, para ciertos casos excepcionales, impida que la cosa juzgada tenga una función convalidante de determinadas actuaciones ilícitas o fraudulentas. En otras palabras, existen ciertas hipótesis establecidas expresamente por el ordenamiento jurídico, en las cuales prima la justicia por sobre la seguridad jurídica, concediendo la ley a los justiciables la utilización de ciertos instrumentos procesales para eliminar la presencia de ese fraude procesal.

En este sentido, la existencia de un fraude procesal hace que la cosa juzgada desaparezca por aplicación de la máxima *fraus omnia corrumpit*⁵¹. En estos casos, el actuar fraudulento o ilícito de las partes, de los terceros o del juez, debe ser sancionado, impidiendo que tales conductas puedan convalidarse por efecto de la cosa juzgada.

Este instrumento procesal que el legislador dispone para sancionar esas irregularidades ilícitas o fraudulentas lo constituye la acción de revisión, en virtud de la cual, se puede obtener la invalidación de la sentencia firme dictada en un proceso, debiendo dictarse nueva sentencia por el tribunal que corresponda, siempre que la situación ilícita o fraudulenta pueda encajarse en alguna de las causales del artículo 810 del CPC. De esta manera, la acción de revisión constituye un mecanismo procesal excepcional para atacar una sentencia firme y que tiene una aplicación limitada a los casos taxativamente señalados en la ley.

En consecuencia, las causales que hacen procedente la interposición de la acción de revisión impiden que la cosa juzgada convalide el actuar ilícito, primando en estos casos la justicia de la decisión por sobre la seguridad jurídica que reina comúnmente en nuestro ordenamiento. Sin embargo, la ley establece un plazo para que las partes deduzcan tal acción, el cual una vez transcurrido, hará inadmisibile su deducción, porque esta se encontrará prescrita, o si se entiende que la revisión tiene naturaleza de recurso procesal (lo cual negamos), la carga procesal de interponerlo habrá precluido y se producirá finalmente la cosa juzgada. Para los primeros, la prescripción de la acción convalidará los actuare ilícitos o fraudulentos; para los segundos, en cambio, la preclusión y finalmente la cosa juzgada tendrá un efecto convalidante de los mismos.

⁵¹ En este sentido BERIZONCE (1967), p. 106.

Con todo, cabe hacer presente que las hipótesis de revisión no son de nulidad procesal. La acción de revisión se funda en ciertos hechos ilícitos o fraudulentos y en la existencia de la cosa juzgada que no se haya alegado durante el proceso, todos los cuales en principio son ajenos al proceso y constituyen un descubrimiento posterior al momento en que finalizó, pues la calificación de tales circunstancias como ilícitas o fraudulentas se debe realizar a través de una sentencia firme que declare que ciertos documentos son falsos, o que los testigos fueron condenados por falso testimonio, o que existieron actuaciones ilícitas de las que no se tuvo conocimiento durante el proceso o, finalmente, que se dictó una sentencia firme contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada.

Durante el proceso no se tuvo conocimiento de la existencia de estos hechos, razón que impide considerarlos como causales de nulidad procesal, sino que, por el contrario, son de revisión. Esta distinta naturaleza hace que las hipótesis de nulidad queden convalidadas por la cosa juzgada; en tanto que, las segundas, no admiten convalidación al menos durante todo el espacio de tiempo que la ley confiere la posibilidad de accionar de revisión.

6. LA BUENA FE PROCESAL COMO LÍMITE A LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

Los sujetos legitimados para incoar la declaración de nulidad son las partes y los terceros interesados que resulten agraviados o perjudicados procesalmente. De manera excepcional, también la puede declarar el tribunal, de oficio, en virtud de sus potestades anulatorias.

El hecho de que un litigante esté legitimado para impetrar la declaración de nulidad procesal, no basta para que tal petición prospere. Desde la modificación introducida al artículo 83 del CPC, en virtud de la Ley n.º 18705, se estableció expresamente una limitación adicional, que afecta, tanto a las partes como a los terceros, consistente en que no podrá demandar la nulidad procesal quien ha originado el vicio o concurrido a su materialización o que lo ha convalidado tácita o expresamente (art. 83 inc. 2 *in fine* del CPC).

Esta disposición reconoce explícitamente el principio que no será oído quien alegue su propia torpeza para dejar sin efecto la actividad procesal que adolezca de vicios invalidantes (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). En palabras de Julio Salas Vivaldi:

“...le está vedado impetrar la nulidad al litigante que causa la anormalidad, ya sea por originar el vicio o por concurrir a su materialización”⁵².

⁵² SALAS (2004), p. 78.

Dicha expresión contiene el principio de buena fe, también denominado de la moralidad, lealtad o probidad procesal y la teoría de los actos propios, también aplicable al proceso (*venire contra proprium factum nulli conceditur; venire contra proprium factum non valet*). La buena fe, en la actualidad está expresamente reconocida en el artículo 2, letra d), de la ley N° 20.886. Además, es un principio general del derecho y está presente en diversas normas que regulan el procedimiento y actúa como un principio informativo del procedimiento civil. En virtud del principio de probidad se pretende que tanto las partes como el juez manifiesten durante el transcurso del procedimiento una conducta que cumpla con las pautas éticas elementales, con la finalidad de obtener la solución justa del caso concreto.

La ley de procedimiento, con el objetivo de aplicar el principio de la buena fe procesal, reconoce diversos mecanismos que imponen sanciones a quienes se apartan del mismo⁵³. En lo que respecta a la nulidad procesal, la buena y mala fe del litigante legitimado para impetrar la declaración de nulidad incide en la posibilidad de estimar o rechazar tal solicitud, respectivamente. En efecto, resulta impensable que un litigante que haya originado un vicio o concurrido a su materialización pueda posteriormente alegar su propia torpeza y mala fe, con el objetivo de dejar sin efecto la actividad procesal cuyo vicio él mismo originó o concurrió a su materialización.

El litigante que origina el vicio que adolece el acto no puede tener la disyuntiva de optar por sus efectos, es decir, aceptarlos si le son favorables o rechazarlos si le son adversos⁵⁴. De esta manera, existe un límite para que las partes soliciten la declaración de nulidad consistente en que quien pretenda demandarla no debe ir contra sus propios actos, es decir, no puede valerse de la nulidad para hacer ineficaz un acto que adolece de un vicio que el mismo

⁵³ Son manifestaciones de la buena fe procesal, entre otras, la obligación de los testigos de decir la verdad (art. 362 del CPC) y de hacer su declaración previo juramento (art. 62 del CPC); la parte que ha promovido y perdido dos o más incidentes en un mismo juicio, no podrá promover ningún otro sin que previamente deposite en la cuenta corriente del tribunal la suma de dinero que este le determine (art. 88 del CPC); la condena en costas, como sanción pecuniaria por indebida utilización del proceso (art. 148 del CPC); la tipificación de los delitos de perjuro y falso testimonio, distinguiendo el tipo de proceso en el cual se incurre en la falsedad (arts. 206 al 212 del CPC); en materia de concesión de medidas prejudiciales precautorias, se presume la mala fe procesal si el solicitante de una medida prejudicial precautoria, después de haberle concedido tal medida no presenta la demanda dentro del plazo legal, considerándose por ese solo hecho doloso su procedimiento (art. 280 del CPC); la apreciación de la prueba de acuerdo con la buena o mala fe con que hayan litigado las partes durante el juicio (art. 724 del CPC); la preparación del recurso de casación (art. 769 del CPC); la aceptación plena de la doctrina del abuso del derecho, como criterio de corrección en el ejercicio abusivo o anormal del derecho; etcétera.

⁵⁴ En este sentido cfr. COUTURE (2011), p. 323.

ocasionó o concurrió a su materialización⁵⁵. En otras palabras, debe existir una ausencia de culpabilidad de quien quiere alegar la nulidad procesal⁵⁶.

El reconocimiento del principio de la buena fe y de la teoría de los actos propios, que contiene el artículo 83 inciso 2° *in fine* del CPC, aplicable a la nulidad procesal, facilita enormemente la labor del juez, ya que bastará que exista la vulneración de esta regla para que se rechace la nulidad solicitada.

El Código distingue dos situaciones que, en virtud de la mala fe de quien actúa, impiden la declaración de nulidad. Por un lado, la parte que pretende solicitar la nulidad de la actividad procesal irregular no podrá hacerlo en todos aquellos casos en que haya originado el vicio, es decir, si dicho sujeto causó directamente la irregularidad del acto, posteriormente, no podrá impetrar la nulidad. Esta hipótesis, al parecer, no presenta mayores problemas. Por otro lado, también estará impedido de impetrar la nulidad aquella parte que concurrió a la materialización del vicio que padece el acto. Esta última situación es un poco más compleja de analizar, toda vez que debemos determinar cuándo la parte no causa directamente el vicio, pero sí concurre a su materialización.

La doctrina explica que concurre "... a la materialización del vicio la parte que si bien no lo comete, no lo evita, pudiendo hacerlo"⁵⁷.

La jurisprudencia ha afirmado que si un juicio que se inicia reglado por las disposiciones del procedimiento de menor cuantía (art. 698 del CPC), y que, posteriormente, el juez, por error, confiere traslado para la réplica y para la dúplica, sin que el demandado alegue la nulidad de la actividad procesal, por no corresponder esos trámites, no es posible que, de manera posterior, pretenda anular la prueba de testigos de la demandante por el hecho de haberse rendido fuera de plazo en virtud del menor término probatorio que la ley dispone para el procedimiento de menor cuantía que para el procedimiento ordinario de mayor cuantía, porque el demandado concurrió a la materialización del vicio⁵⁸. Lo mismo puede decirse respecto del actor que

⁵⁵ Una situación similar sucede en el derecho privado respecto de la acción de nulidad, toda vez que ésta no puede ser deducida por quien celebró el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1683 del CC).

⁵⁶ En este sentido cfr. CONDORELLI (1980), p. 111; DE SANTO (2001), p. 65.

⁵⁷ SALAS (2004), p. 78.

⁵⁸ CA. de Puerto Montt, 25 de abril de 2006, rol N° 141-2006, considerando 6°. En el referido caso, el demandado no alegó que los trámites de réplica y dúplica contemplados solo para el juicio ordinario no debieron ser decretados (por tratarse de un juicio de menor cuantía), pero posteriormente, en virtud que al juicio se le había dado tramitación de mayor cuantía, el demandado solicitó la declaración de nulidad procesal de la prueba testimonial del demandante por extemporánea, fundado en que el término probatorio es de quince días y no

omite notificar la resolución que cita a las partes a conciliación obligatoria y que luego de ser desestimada su demanda, invoca la falta de este trámite esencial como motivo de casación en la forma. Otra hipótesis ocurre, según explica Julio Salas Vivaldi, cuando la parte que presentó un testigo a declarar pretende posteriormente pedir la nulidad de la prueba basado en que al confeccionar la nómina exigida por el artículo 320 del CPC incurrió en errores de individualización, petición que hizo una vez que se percató que sus dichos le eran desfavorables⁵⁹.

En consecuencia, la mala fe procesal constituye un límite que impide la declaración de nulidad, pues para que esta sea procedente, el litigante además de ser el legitimado para impetrarla e invocar que ha sufrido un perjuicio solo reparable con la pretendida declaración, no debe haber originado el vicio ni concurrido a la materialización del mismo.

7. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA FACULTAD ANULATORIA DE OFICIO

Para determinar la aplicación de la nulidad de oficio en virtud de los artículos 83 y 84 inciso final del CPC, analizaremos previamente tanto las interpretaciones que han sostenido la doctrina y la jurisprudencia como la historia del establecimiento de esta hipótesis genérica de nulidad.

No discutiremos las hipótesis en que las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema pueden utilizar la casación en la forma de oficio (art. 775 del CPC) porque los vicios están claramente delimitados en la ley y no son otros que las causales del mismo recurso.

La delimitación es necesaria porque el artículo 83 no menciona hipótesis específicas, sino genéricas, y porque la primera parte del inciso 4° del artículo 84 dispone: “El juez podrá corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso”, no mencionando qué tipos de errores o irre-

de veinte. Aquí se aprecia que para el cómputo del término probatorio, el demandado quiso aprovecharse del menor plazo que dispone el art. 698 N° 4, no obstante, cuando el juez decretó indebidamente los trámites de réplica y dúplica nada alegó. Por ello, la Corte de Apelaciones revocó la resolución que había dado lugar a la nulidad de la prueba testimonial sosteniendo, en su considerando 6°: “...nos encontramos con que el demandado, al silenciar toda cuestión del hecho que el tribunal dio traslado para la réplica y luego para la dúplica, y por tanto daba tramitación de juicio ordinario de mayor cuantía a la causa, contribuyó a la materialización del vicio, no alegando oportunamente del vicio, de modo tal que en conformidad al artículo 83 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, le está vedado alegar la nulidad de un acto que contribuyó a materializar”.

⁵⁹ SALAS (2004), pp. 77-78.

gularidades. Se trata de dos cláusulas amplias dentro de las cuales podrían comprenderse cualquier tipo de irregularidad invalidante.

El criterio amplio de interpretación es expuesto, a nuestro entender, por Julio Otero Lathrop quien señala lo siguiente respecto de la nulidad de oficio:

“La facultad para declarar la nulidad de oficio no habilita al tribunal para apartarse de los requisitos expuestos precedentemente. Por ello, la nulidad, declarada de oficio o a petición de parte, es una misma institución jurídica, sin que pueda diferenciarse en cuanto a su procedencia o sus efectos atendido a si la debe requerir la parte o bien si la debe declarar de oficio el tribunal. La única diferencia existente entre la petición de parte y el proceder de oficio dice relación con los requisitos de ser parte procesal, impetrar la nulidad dentro de plazo, no haber originado el vicio o concurrido a su materialización y no haber convalidado tácita o expresamente el acto. El tribunal sólo requiere que la ley lo faculte para ello”⁶⁰.

Bajo esta explicación, la potestad anulatoria oficial puede utilizarse ante cualquier tipo de irregularidad invalidante.

Bajo un criterio de interpretación más restringido, los actos procesales que el juez puede corregir de oficio solo se refieren a aquellos que comprometen el orden público o el interés social. De esta manera, existirían otras infracciones o irregularidades en la tramitación del proceso que no alcanzan a afectar al orden público, cuya declaración de nulidad solo pueden impetrarla las partes. La doctrina afirma que esos errores a que se refiere el inciso final del artículo 84 del CPC son los trámites esenciales del proceso⁶¹ considerándose como tales

“aquellos presupuestos procesales indispensables para que el proceso sea un medio idóneo para resolver los juicios”⁶² o “aquellos que en conjunto tienden a formar la relación procesal y los llamados presupuestos procesales que resguardan su validez”⁶³.

⁶⁰ OTERO (2009), p. 66. Luego de lo que citamos, el autor dispone otros requisitos para que proceda la declaración oficial de nulidad y alude, en síntesis, a que la parte a quien perjudica o agravia el acto procesal viciado no debe haberlo convalidado tácita o expresamente; los actos procesales realizados fuera de plazo son en la práctica inexistentes para el tribunal; la existencia del vicio debe estar acreditada de forma clara en el proceso a través de los medios de prueba legales; y que el perjuicio procesal a alguna de las partes debe ser reparable sólo por la declaración de nulidad. *op. cit.*, pp. 66-67.

⁶¹ En este sentido SALAS (2004), p. 119; COLOMBO (1997), tomo II, pp. 505-506; LOYOLA (2001), pp. 188-189.

⁶² SALAS (2004), p. 119.

⁶³ COLOMBO (1997), tomo II, p. 506; SALAS (2004), p. 119.

Esta forma de interpretación limitada tiene apoyo en la historia del establecimiento de la ley N° 7.760, de 5 de febrero de 1944, pues en el *Mensaje* que el Presidente de la República envió a la Cámara de Diputados, la redacción del actual artículo 84 (antes art. 87) era más específica e incluso ejemplar. En efecto, los incisos que se pretendían agregar eran del siguiente tenor:

“El juez podrá de oficio corregir aquellos vicios materiales que observe en la sustanciación del proceso y tomar aquellas medidas que eviten la nulidad de los actos del procedimiento.- La incapacidad de las partes, la omisión de aquellos requisitos que se consideran esenciales para la validez de una actuación, diligencia o acto de procedimiento y la violación de una ley de orden público podrán ser manifestadas de oficio por el tribunal y ordenará su renovación o corrección, salvo que el vicio consista en haberse realizado el acto fuera del plazo fatal indicado por la ley”.

La jurisprudencia también adopta un criterio de interpretación restringido al delimitar la procedencia de la nulidad de oficio a ciertos actos, quedando otros excluidos. Así, se ha afirmado:

“...la facultad concedida a los jueces en el inciso final del artículo 84, de toda apariencia amplia y general, ha sido estimada, no obstante, como aplicable sólo a aquellos actos que miran al orden público o al interés general, y no a aquellos que miran al interés privado de las partes. Además, se concedió con discrecionalidad, dejándola a la prudencia y buen criterio del magistrado, sin imponerle la obligación de corregir de oficio los errores. Lo hará cuando ello sea lógicamente aconsejable, en resguardo de los derechos de las partes, o cuando el interés público se encuentre en peligro”⁶⁴.

En esta misma línea interpretativa, la jurisprudencia también ha afirmado:

“...cabe observar que el ya recordado artículo 84 en su inciso final autoriza a los tribunales para subsanar los vicios que observen en la tra-

⁶⁴ CS. 27 de octubre de 2003, rol N° 4489-2002, Cita Legal Publishing: 28739; CS. 21 de octubre de 1987, en *RDJ*, tomo LXXXIV, sec. 1ª, p. 137 y ss., considerando 3°. En el mismo sentido, CA. de Coyhaique, 31 de marzo de 2008, rol N° 8-2008, considerando 3°; CA. de Punta Arenas, 21 de agosto de 1989, en *RDJ*, tomo LXXXVI, sec. 2ª, p. 90 y ss., considerando 3°; CA. de Chillán, 10 de diciembre de 1970, en *RDJ*, tomo LXVII, sec. 2ª, p. 139, considerandos 10° al 12°; CA. de Santiago, 9 de noviembre de 1961, en *RDJ*, tomo LVIII, sec. 2ª, p. 117 y ss., considerandos 1° al 16°; CS. 1 de junio de 1950, en *RDJ*, tomo XLVII, sec. 1ª, p. 231 y ss., considerandos 7° y 8°.

mitación del proceso y que lo anulen; pero no les es dable extender el ejercicio de esta facultad hasta el extremo de resguardar la forma como las partes hacen uso de los trámites que solamente miran a su defensa; de manera que si esas gestiones no son evacuadas oportunamente o se realizan en forma indebida, los vicios que de ello deriven, afectarán de un modo exclusivo a quienes no usaron su derecho de defensa en los términos que requiere la ley. Lo contrario conduciría al extremo inaceptable de dejar entregada a la voluntad o más bien a la buena o mala fe de los litigantes, la validez del proceso, supuesto que se les permitiría reservar para una eventual contingencia adversa a sus intereses, la posibilidad de obtener la invalidación de todo o parte del proceso, con lo que resultarían vulnerados todos los principios rectores que presiden la ritualidad y economía del mismo. Y si los propios interesados carecen de atribución para impetrar la nulidad en esta situación, es obvio que los jueces también carecen de la facultad para imponer de oficio la misma sanción en los casos de que conocen, desde que –como ya antes se manifestó– la regla general en la materia es la de que la nulidad debe pedirse y que el vicio queda saneado si las partes no lo reclaman dentro del juicio –*in limine litis*– por medio de los recursos y dentro de los plazos que establece la ley; y que sólo por excepción es permitida la declaración oficiosa de la nulidad procesal, respecto de determinadas actuaciones que tengan una finalidad de orden público, o cuando se encuentra comprometido el interés público, como ocurre por ejemplo, en lo que se refiere a la formación de los presupuestos básicos en que descansa toda relación procesal válida, tales como el emplazamiento o la capacidad de las partes y a la competencia absoluta del tribunal que debe conocer de la causa. Los otros actos no esenciales del proceso y que resguardan únicamente el interés privado de los litigantes escapan a esta función: los jueces no están autorizados para cautelar el beneficio de las partes cuanto a los medios legales que deben poner en acción para su adecuada defensa. La autoridad de la cosa juzgada impide que una vez ejecutoriada la sentencia pueda discutirse la corrección o legalidad de los actos del proceso que le sirvieron de base, salvo por medio del recurso de revisión en sus respectivos casos”⁶⁵.

⁶⁵ CS. 11 de noviembre de 1955, en *RDJ*, tomo LII, sec. 1ª, p. 362 y ss., considerando 6°. En este mismo sentido CA. de Santiago, 15 de marzo de 1957, en *RDJ*, tomo LIV, sec. 2ª, p. 1 y ss., considerandos 5° y 6°; CA. de Santiago, 4 de noviembre de 1960, en *RDJ*, tomo LVII, sec. 2ª, p. 93 y ss., considerando 8°; CA. de Santiago, 7 de enero de 1961, en *RDJ*, tomo LVIII, sec. 2ª, p. 2 y ss., considerando 12°; CA. de Santiago, 9 de noviembre de 1961, en *RDJ*, tomo LVIII, sec. 2ª, p. 117 y ss., considerandos 4° al 12°; CS. 3 de noviembre de 1959, en *RDJ*, tomo LVI, sec. 1ª, p. 373 y ss., considerandos 8° al 10°; CA. de Talca, 8 de abril de 1953, en *RDJ*, tomo L, sec. 4ª, p. 113 y ss., considerando 4°; CS. 6 de octubre de 1954, en *RDJ*, tomo LI, sec. 1ª, p. 469

En nuestra opinión, parece correcta la interpretación restringida, que ha hecho la jurisprudencia y parte de la doctrina, sobre cuáles irregularidades son las que pueden anularse de oficio, especialmente en virtud de la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 7.760, en lo que respecta a la norma que comentamos.

8. LA DISCUSIÓN SOBRE SI LAS DISTINTAS HIPÓTESIS DE CONVALIDACIÓN CONSTITUYEN LÍMITES QUE DEBE APLICAR EL JUEZ CUANDO PRETENDE DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD PROCESAL

Acabamos de analizar las eventuales hipótesis en que el juez puede declarar de oficio la nulidad procesal.

Ahora, es procedente determinar si los límites de la nulidad, es decir, las distintas hipótesis de convalidación, antes estudiadas, son aplicables cuando el juez quiere o pretende declarar de oficio la nulidad procesal. En otras palabras, la pregunta consiste en que existiendo una determinada irregularidad, la cual fue convalidada, ¿puede el juez posteriormente declarar de oficio la nulidad de dicha actuación?

En nuestra opinión, consideramos que el juez está facultado para utilizar su potestad anulatoria oficial, pero que dicha labor de protección es subsidiaria a la que deben ejercer las partes y, en todo caso, debe ser utilizada de forma excepcional⁶⁶.

y ss., considerandos 2° y 3°; CA. de Concepción, 17 de noviembre de 1954, en *RDJ*, tomo LI, sec. 2ª, p. 68 y ss., considerando 7° y 8°; CA. de Concepción, 20 de noviembre de 1954, en *RDJ*, tomo LI, sec. 2ª, p. 73 y ss., considerando 9°; CA. de Valdivia, 5 de julio de 1954, en *RDJ*, tomo LI, sec. 4ª, p. 164 y ss., considerandos 2° y ss.; CS. 25 de octubre de 1963, en *RDJ*, tomo LX, sec. 1ª, p. 316 y ss., también en *FM.*, N° 59, octubre, 1963, pp. 216-217); CA. de Punta Arenas, en *RDJ*, tomo LXXXVI, sec. 2ª, p. 90 y ss., considerando 3°; CS. 10 de abril de 1990, en *FM*, N° 377, sentencia N° 10, pp. 105-106; CS. 20 de agosto de 1975, en *FM*, N° 201, sentencia N° 1, pp. 159-160; CA. de Chillán, 10 de diciembre de 1970, en *RDJ*, tomo LXVII, sec. 2ª, p. 139 y ss., considerandos 10° al 13°; CS. 23 de mayo de 1985, en *RDJ*, tomo LXXXII, sec. 3ª, p. 63 y ss., considerando 4°; CS. 31 de agosto de 1995, en *GJ.*, N° 182, p. 47 y ss.; CS. 8 de mayo de 1995, en *RDJ*, tomo XCII, sec. 1ª, p. 43 y ss.; CS. 23 de octubre de 1989, en *FM*, N° 371, sentencia N° 2, p. 599 y ss.

⁶⁶ En este sentido lo ha expresado la jurisprudencia. Así, la CA. de Santiago, 7 de octubre de 2004, en *RDJ*, tomo CI, sec. 2ª, p. 98, considerando 1° afirmó: "que la facultad para actuar de oficio en causas civiles regidas por el principio dispositivo, resulta excepcional, como claramente queda de manifiesto de la lectura del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil"; la CA. de Santiago, 13 de junio de 1997, en *RDJ*, tomo XCIV, sec. 2ª, p. 71, considerando 3°, expresó: "...siendo como se ha indicado, una facultad privativa de los jueces para corregir errores de procedimiento tendientes a evitar la nulidad de los mismos, la praxis y la práctica

La respuesta a la interrogante es compleja. En muchas causas vemos que durante el juicio actúa algún tipo de convalidación del vicio, lo que en principio impediría que el juez posteriormente declare de oficio la nulidad procesal porque el vicio se convalidó y, por tanto, ahora el acto es válido, sin embargo, los jueces igualmente anulan el proceso total o parcialmente. Este actuar también se percibe en algunos recursos de queja en los cuales, no obstante resolver el recurso, acogiéndolo o desestimándolo, los tribunales superiores decretan la nulidad de actuaciones en virtud de los artículos 83 y 84 del *CPC*.

Este actuar también se percibe habitualmente cuando los tribunales superiores de justicia utilizan la institución de la casación en la forma de oficio, declarando la nulidad de actuaciones, no obstante que el vicio denunciado o el que se detecta se convalidó. En el evento que no se trate de un vicio constitutivo de una causal del recurso de casación en la forma (en esos casos la Corte no podrá utilizar la casación en la forma de oficio), los jueces también han acudido a sus facultades anulatorias de oficio, establecidas en los artículos 83 y 84 del *CPC*.

¿Es correcto este actuar?

En principio, puede cuestionarse este actuar porque no tiene sentido que un vicio o irregularidad que fue convalidada, posteriormente, motive una declaración de nulidad procesal, pero ahora de oficio.

El hecho que un juez pueda declarar de oficio la nulidad procesal es algo indiscutible porque la ley lo autoriza expresamente. Lo discutible, entonces, son los límites que en uno u otro caso (nulidad a petición de parte o de oficio) pueden obstaculizar la declaración de nulidad.

Intentaremos dar algunas pautas de interpretación.

Si se lee detenidamente el artículo 83 inciso primero, este afirma que la nulidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte; y luego el inciso 2° expresa que “la nulidad sólo podrá impetrarse...”. Podría perfectamente afirmarse que los límites que establece el inciso 2° (formas de convalidación que ya han sido explicadas) solo son aplicables cuando se impetra o pide la nulidad, y los únicos que la pueden pedir son las partes o los terceros intervinientes, no el juez. Bajo esta premisa, los límites que impiden la declaración de nulidad solo serían aplicables cuando las partes la piden o impetran.

Pero también se puede considerar que la interpretación anterior no es correcta, por ser restringida, apegada al tenor literal –en particular a la pala-

judicial señalan que tal facultad debe ejercerse discrecionalmente en resguardo del derecho de las partes”. En idéntico sentido CA. de La Serena, 4 de mayo de 1978, en *RDJ*, tomo LXXV, sec. 4ª, p. 356; CS. 25 de octubre de 1965, en *RDJ*, tomo LXII, sec. 1ª, p. 316; CA. de Chillán, 10 de diciembre de 1970, en *RDJ*, tomo LXVII, sec. 2ª, p. 139.

bra impetrar⁶⁷– y que debe interpretarse en un sentido más amplio, haciendo aplicable los referidos límites tanto a la nulidad procesal que se solicita a petición de parte como a la que se declara de oficio. Bajo esta premisa los límites de la nulidad, en particular, las distintas formas de convalidación, sí serían aplicables a la potestad anulatoria de oficio.

La primera interpretación es más discutible si se tiene en consideración que en procedimientos más modernos, por ejemplo, el de familia, el artículo 25, inciso 5°, de la ley N° 19.968, expresa: “Los tribunales no podrán declarar de oficio las nulidades convalidadas”⁶⁸. Sin perjuicio que la redacción de este inciso es criticable porque lo que se convalida son los eventuales vicios y no la nulidad –la convalidación impide declarar la nulidad por lo que el artículo confunde los estados de la irregularidad o del vicio, es decir, se confunde el estado de invalidez con el de ineficacia– pareciera que el legislador fue más riguroso y dejó establecido expresamente en la ley que si el vicio o irregularidad fue convalidado, los jueces están impedidos de declarar, de oficio, la nulidad procesal. Bajo esta norma, las diversas formas de convalidación de los vicios que pueden actuar durante el proceso judicial, que constituyen límites que impiden declarar la nulidad procesal, sí son aplicables a la potestad anulatoria oficial. Si estamos en lo cierto, el inciso 5° ya mencionado debiese decir que: los tribunales no podrán declarar de oficio la nulidad procesal cuando la irregularidad, vicio o defecto que la motiva ha sido convalidado.

En nuestra opinión, teniendo en consideración la redacción de los artículos 83 y 84 antes mencionados, la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 7.760 (que introdujo la nulidad de oficio, actual art. 84 inciso final del CPC), la interpretación restringida sobre el ámbito de aplicación de la nulidad procesal declarada de oficio, y el elemento sistemático de inter-

⁶⁷ Impetrar tiene dos acepciones según el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia. La primera es “conseguir una gracia que se ha solicitado y pedido con ruegos”. La segunda es “solicitar una gracia con encarecimiento y ahínco”, véase voz ‘impetrar’ en www.rae.es o en particular <https://dle.rae.es/?id=L469YuQ> [fecha de consulta: 3 de octubre de 2019]. En primer lugar, la palabra ‘impetrar’ puede entenderse como sinónima de ‘pedir’ o ‘solicitar’, pero también puede consistir en conseguir algo, es decir, en el caso que nos interesa, conseguir una declaración de nulidad.

⁶⁸ De acuerdo con la historia de la ley N° 19.968, el proyecto de ley presentado, en su versión original, no contenía este inciso, sino que fue posteriormente, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que crea los tribunales de familia, que la comisión integrada por los honorables senadores Chadwick, Espina, Moreno y Silva decidió aprobar su incorporación. *Historia de la Ley*, N° 19.968, pp. 570, 674, 675 [la historia de esta ley puede consultarse en www.bcn.cl [fecha de consulta: 3 de octubre de 2019].

pretación, que permite considerar lo dispuesto en el artículo 25 inciso 5° de la ley N° 19.968, creemos que la mayoría de los vicios procesales pueden ser convalidados, siendo improcedente que posteriormente los jueces declaren de oficio la nulidad de un acto que ya se convalidó.

Los vicios constitutivos de infracciones al orden público procesal, aquellos que constituyen la infracción de algunos presupuestos procesales y los denominados trámites esenciales de un juicio por regla general no serían convalidables, respecto de los cuales, si las partes no los denuncian oportunamente, pero el tribunal los detecta o reconoce durante el proceso judicial, podrían motivar una eventual declaración de nulidad, de oficio, siempre que el vicio de que se trate sea invalidante (genere perjuicio y la nulidad sea el único mecanismo para corregir el defecto de que se trata). Así, por ejemplo, ante una hipótesis de incompetencia absoluta en razón de la materia o del fuero, de infracción de normas sobre jurisdicción, de la violación de normas de orden público procesal, y ante la falta de algún trámite esencial (aunque respecto de algunos es cuestionable la producción de perjuicio procesal), los tribunales estarían facultados para declarar de oficio la nulidad procesal.

Esta manera de interpretar la nulidad procesal de oficio, se condice con la facultad que tienen los tribunales superiores de justicia para casar en la forma de oficio y para rechazar el recurso cuando este no fue preparado, cuando no existe perjuicio o cuando el vicio no influye en lo dispositivo de la sentencia.

En efecto, por ejemplo, si un recurso de casación en la forma se funda en que la sentencia se dictó por un juez absolutamente incompetente, aunque la parte no haya preparado el recurso sabiendo del vicio, la Corte podría casar en la forma de oficio fundado en la infracción de las normas que regulan la competencia absoluta, las que tienen carácter de orden público. Lo mismo ocurriría si la Corte decide anular el proceso de oficio en virtud de los artículos 83 u 84 del *CPC*. En estos casos, en general, los límites de la nulidad –las formas de convalidación– no se aplicarán porque se trata de vicios no convalidables, al menos mientras el proceso esté pendiente.

Por otro lado, si en un proceso judicial el juez no llamó a las partes a conciliación y estas no reclamaron del defecto, continuando la tramitación del proceso hasta la dictación de la sentencia, y la parte agraviada impetra el recurso de casación en la forma, fundado precisamente en la causal del artículo 768 N° 9 en relación con lo dispuesto en el artículo 795 N° 2 del *CPC*, la Corte debería rechazarlo porque el recurso no se preparó (infringió el art. 769 *CPC*), porque el vicio al no denunciarse de forma oportuna precluyó la posibilidad de denunciarlo posteriormente (convalidación por preclusión, art. 64 del *CPC*), porque lo más seguro que el recurrente, teniendo conocimiento del vicio, siguió actuando durante el proceso sin alegar la nulidad

(convalidación tácita, art. 83 del CPC) o porque la falta del trámite se produjo porque el recurrente no notificó la resolución que decretó la conciliación (convalidación por actuar de mala fe, art. 83 del CPC). En todas estas hipótesis la Corte estará impedida de casar en la forma de oficio (art. 775 del CPC) o de anular de oficio el proceso (arts. 83 y 84 del CPC) porque el vicio fue convalidado, resultando impertinente, contrario a la economía procesal y a los límites que impiden declarar la nulidad que la Corte anule el proceso. En este caso los límites impuestos por la convalidación sí se aplican a la nulidad de oficio, haciéndola improcedente.

Esta forma de actuar tendría en consideración la norma del artículo 25 inciso 5° de la ley N° 19.968, en virtud de la cual los tribunales no pueden declarar la nulidad cuando el vicio que la motiva fue convalidado.

Entonces, en el proceso civil existen vicios que son convalidables y otros que no. A los primeros le son aplicables los límites impuestos por los tipos de convalidación y que impiden al juez declarar la nulidad. A los segundos, los límites impuestos por la convalidación, por regla general, no son aplicables, pudiendo el juez, en estos casos, declarar de oficio la nulidad procesal.

Con todo, para hacer más eficiente el proceso judicial, consideramos que en todas estas hipótesis de vicios no convalidables, el juez, antes de declarar la nulidad deberá preguntarse o representarse las razones que motivarían declarar de oficio la nulidad, por lo que debiese considerar las consecuencias perjudiciales generadas por la irregularidad, la eventual afectación de derechos y garantías procesales, porque la exigencia de perjuicio no hay duda que es común tanto a las nulidades procesales impetradas, tanto por las partes como las declaradas de oficio. Esta afirmación se funda en el artículo 83, inciso 1°, del CPC, que exige tanto para la nulidad de oficio como para la nulidad solicitada por alguna de las partes, que exista un vicio que irroque un *perjuicio solo reparable con la declaración de nulidad*. Por eso se ha dicho que la existencia de perjuicio es *conditio sine qua non* de toda nulidad procesal o, lo que es lo mismo, que “la noción de perjuicio es el principal parámetro para determinar la validez de las actuaciones”⁶⁹ (*pass de nulité sans grief*).

En este sentido las teorías extrínsecas que explican la nulidad procesal son muy útiles, debiendo desecharse aquellas interpretaciones que explican la referida nulidad como la consecuencia generada por la falta de un requisito del acto (teorías intrínsecas). Consideramos que solo de esta manera la nulidad cumple los fines que persigue, que en general consiste en proteger los derechos y garantías de las partes.

⁶⁹ Así lo explica el excelente artículo de GORIGOTTÍA (2013), p. 576.

En consecuencia, consideramos que los jueces deben actuar con mucha cautela cuando desean declarar de oficio la nulidad procesal. Si se trata de vicios convalidables, entonces deben aplicar los límites que consisten en las distintas formas de convalidación y que impedirán la declaración judicial de nulidad. En los restantes –los no convalidables– la declaración de nulidad de oficio deberá estar motivada al menos en la producción de un perjuicio solo reparable con la declaración de nulidad, el cual finalmente, al ser el estándar exigible, también constituye un verdadero límite que impide declarar la nulidad procesal.

CONCLUSIONES

1. El *Código* reconoce expresamente la convalidación expresa, tácita, la por preclusión y por actuación de mala fe de la parte que impetra la nulidad, todas las cuales constituyen límites que impiden la declaración de nulidad procesal.
2. La convalidación por cumplimiento de la finalidad del acto tiene un reconocimiento expreso en el artículo 25 inc. 4° de la ley N° 19.968 y en el artículo 164 del *Código Procesal Penal*. En la actualidad, merece un reconocimiento expreso en el *Código de Procedimiento Civil*, constituyendo una hipótesis de *lege ferenda*.
3. El efecto preclusivo originado por el no ejercicio o el ejercicio extemporáneo de la carga procesal que tenga por objetivo alegar la invalidez de un determinado acto se proyectará en los medios de impugnación, especialmente en el recurso de casación en la forma, pues el recurso interpuesto será desestimado o declarado inadmisibles por falta de preparación del mismo.
4. La cosa juzgada constituye una forma de convalidación definitiva de todos los vicios procesales generados durante la tramitación del proceso judicial. Se trata de una forma de convalidación reconocida por la jurisprudencia.
5. La regla general es que todos los vicios pueden ser denunciados por las partes y que los jueces solo deben actuar declarando la nulidad de oficio en situaciones excepcionales en las cuales el vicio de que se trate haya afectado normas de orden público procesal, cuando no se ha observado el cumplimiento de los presupuestos procesales y para corregir infracciones de trámites esenciales del juicio, siempre que esas infracciones, defectos o irregularidades generen un perjuicio a alguna de las partes solo reparable a través de la declaración de nulidad.
6. Los vicios procesales que permiten que el juez actúe de oficio, declarando la nulidad, no son convalidables durante la pendencia del

- proceso. Esta es la situación de la incompetencia absoluta, la falta de jurisdicción, la falta de capacidad para ser parte, etcétera.
7. Los restantes vicios procesales sí son convalidables a través de los distintos tipos de convalidación y, una vez convalidados, es improcedente una posible declaración de nulidad de oficio de esa actuación procesal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALMAGRO NOSETE, José (1988): *Consideraciones de derecho procesal* (Barcelona, Librería Bosch).
- ALSINA, Hugo (1963): *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* (Buenos Aires, Ediar).
- ANDRÉS CIURANA, Baldomero (2005): *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- BERIZONCE, Roberto Omar (1967): *La nulidad en el proceso* (La Plata, Platense).
- CALAMANDREI, Piero (1973): *Derecho procesal civil. Estudios sobre el proceso civil* (traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, E.J.E.A.).
- CALAMANDREI, Piero (1996): *Instituciones de derecho procesal Civil* (traducción de la segunda edición italiana por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Librería El Foro).
- CAMIRUAGA CHURRUCA, José Ramón (2004): *De las notificaciones* (4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CARNELUTTI, Francisco (1944): *Sistema de derecho procesal civil* (traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Uteha).
- CASARINO VITERBO, Mario (2005): *Manual de derecho procesal civil* (6ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CHIOVENDA, Giuseppe (1949): “Las formas en la defensa judicial del derecho”, en *Ensayos de derecho procesal civil* (traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, E.J.E.A.).
- CHIOVENDA, Giuseppe (1977): *Principios de derecho procesal civil*, (traducción de la tercera edición italiana por José Casais y Santaló, Madrid, Instituto Editorial Reus).
- COLOMBO CAMPBELL, Juan (1997): *Los actos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CONDORELLI, Epifanio (1980): “Presupuestos de la nulidad procesal”, en AA.VV., *Estudios de nulidades procesales* (Buenos Aires, Hammurabi), pp. 89-120.
- CREUS, Carlos (1995): *La invalidez de los actos procesales penales* (2ª ed., Buenos Aires, Astrea).

- DE SANTO, Víctor (2001): *Nulidades procesales* (2ª ed., Buenos Aires, Universidad).
- DEVIS ECHANDIA, Hernando (1985): *Teoría general del proceso* (Buenos Aires, Universidad).
- DO PASSO CABRAL, Antonio (2010): *Nulidades no processo moderno: contraditorio, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais* (2ª ed., Rio de Janeiro, Gen/Forense).
- FURNO, Carlo (1951): "Nullità e rinnovazione degli atti processuali", en AA.VV. *Studi in onore di Enrico Redenti*, t. 1: pp. 403-465.
- GANDULFO R., Eduardo (2009): "Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas. Ensayo de una teoría general, desde un enfoque valorativo jurídico", en *Ius et Praxis*, año 15, N° 1: pp. 121-189.
- GORIGOITIA ABBOTT, Felipe (2013): "El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles", en *Revista de Derecho*, N° 40, ago.: pp. 575-599.
- HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel (1995): *La nueva regulación de la nulidad procesal* (Oviedo, Forum).
- LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de derecho procesal civil* (traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, E.J.E.A.).
- LOURIDO RICO, Ana María (2004): *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal* (2ª ed., Granada, Comares).
- LOYOLA GONZÁLEZ, Eugenio (2001): *Los incidentes de nulidad* (Santiago, Ediciones Jurídicas La Ley).
- LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel (1986): "Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales", en *Revista Justicia*, tomo IV: pp. 845-861.
- MANDRIOLI, Crisanto (2000): *Corso di diritto processuale civile* (Torino, G. Giappichelli).
- MARELLI, Fabio (2000): *La consevazione degli atti invalidi nel processo civile* (Padova, Cedam).
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, José María (1996): *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil* (2ª ed., Madrid, Colex).
- MAURINO, Luis Alberto (2001): *Nulidades procesales* (2ª ed., Buenos Aires, Astrea).
- MORÓN PALOMINO, Manuel (1957): *La nulidad en el proceso civil español* (Barcelona, AHR).
- MOSQUERA RUIZ, Mario, Cristián MATURANA MIQUEL (2010): *Los recursos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- OSBERG YÁNEZ, Héctor, Macarena MANSO VILLALÓN (2008): *Recursos procesales civiles* (3ª ed., Santiago, LexisNexis).
- ORELLANA TORRES, Fernando (2008): *Manual de derecho procesal* (3ª ed., Santiago, Librotecnia).

- OTERO LATHROP, Miguel (2000): *Derecho procesal civil. Modificaciones a la legislación 1988-2000* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- OTERO LATHROP, Miguel (2009): *La nulidad procesal civil, penal y de derecho público*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PEÑA NEIRA, Sergio (2010): *Nulidad procesal, civil, penal y laboral* (Santiago, Metropolitana).
- PEREIRA ANABALÓN, Hugo (1954): *La cosa juzgada formal en el procedimiento civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PODETTI, J. Ramiro (1963): *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural del proceso civil* (Buenos Aires, EDIAR).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2001): “El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente. La capacidad procesal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 4: pp. 781-789.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2002): *La cosa juzgada en el proceso civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SALAS VIVALDI, Julio (2004): *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral* (7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SAITTA, Salvatore (1971): *Derecho procesal civil* (traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa, Buenos Aires, E.J.E.A.).
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (1996): *Recursos de casación y queja*, (Santiago, LexisNexis).
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2000): “La nulidad procesal en el derecho actual”, en Raúl TAVOLARI OLIVEROS, *El proceso en acción* (Santiago. Libromar Ltda.), pp. 241-278.
- VALLINÉS GARCÍA, Enrique (2004): *La preclusión en el proceso a civil* (Madrid, Thomson-Cívitas).
- VARELA-MÉNDEZ, Edgard J. (2002): “Las vías de impugnación de la cosa juzgada aparente o fraudulenta”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, vol. 2: pp. 201-212.
- VERGÉ GRAU, Joan (1987): *La nulidad de actuaciones* (Barcelona, Librería Bosch).

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO
Y LA EFICACIA DEL DERECHO
EN EL CUIDADO DEL AMBIENTE
Y LA SALUD:
EL CASO DEL ASBESTO EN CHILE

THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE
AND THE EFFECTIVENESS OF THE LAW
IN THE CARE OF THE ENVIRONMENT
AND HEALTH:
THE CASE OF ASBESTOS IN CHILE

*Leticia Suárez Donaire**
*Edgar Malebrán Guerra***

RESUMEN: La protección jurídica de los derechos fundamentales a la salud y a vivir en un ambiente libre de contaminación suelen estar vinculados a criterios técnicos y científicos que hacen profusa su regulación mediante diversas normas de carácter reglamentario, que ponen de manifiesto la necesidad de contar con un adecuado marco sistemático por parte de las leyes bases sobre la materia y la propia Constitución, especialmente en relación con la consagración de principios que permitan dotar de unidad y coherencia al ordenamiento. En este sentido, la importancia del principio precautorio como, asimismo, otros principios esenciales como el principio de juridicidad, la supremacía constitucional y la relación existente entre los principios y las reglas jurídicas, resulta crucial, observación desde la cual se reflexiona en el presente artículo.

* La autora es licenciada en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad Central. Profesora de Estado en historia y geografía de la Universidad de La Serena y magíster en historia por la Universidad Católica de Valparaíso.

** El autor es abogado, licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad Católica del Norte y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pedro de Valdivia.

PALABRAS CLAVES: Derechos fundamentales - Salud - Asbestos.

ABSTRACT: The legal protection of fundamental rights to health and to live in a pollution-free environment is usually linked to technical and scientific criteria that make its regulation profuse by means of various regulatory standards, which highlight the need for an adequate systematic framework by the base laws on the subject and the Constitution itself, especially in relation to the consecration of principles that allow to provide unity and coherence to the system. In this sense, the importance of the precautionary principle, as well as other essential principles such as the principle of juridicity, constitutional supremacy and the relationship between legal principles and rules, is crucial, an observation from which it is reflected in this article.

KEYWORDS: Fundamental rights - Health - Asbestos.

1. SALUD, AMBIENTE Y PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO CHILENO

Si analizamos la protección jurídica del ambiente en el derecho chileno desde una perspectiva sistemática, resulta claro que las dos normas principales sobre la materia se encuentran en la *Constitución Política de la República*¹, especialmente en su artículo 19 n.º 8, que consagra el derecho fundamental –o esencial, en la fraseología propia del Texto Constitucional–, y en la Ley n.º 19300 de Bases Generales del Medio Ambiente². Ambas normas, no obstante, son bastante parcas en cuanto a la consagración de principios generales sobre la materia, a pesar de que durante la tramitación legislativa de la ley recién citada existió la intención de reconocer algunos principios fundamentales del derecho medioambiental en su texto, iniciativa que, sin embargo, no prosperó.

Así, la Constitución señala en el artículo mencionado, cuyo texto se encuentra inalterado desde su promulgación, escuetamente que la Constitución asegura a todas las personas:

“el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

¹ Decreto N° 100, 22 de septiembre de 2005.

² Ley N° 19.300, 9 de marzo de 1994.

Lo anterior, resulta en especial problemático en un área del derecho como es la protección ambiental, dada precisamente su propia característica de ser un campo donde la identificación casuística exhaustiva de todos los supuestos de hecho en que pueden verse afectados los bienes jurídicos por ella protegidos, resulta particularmente difícil, debido a las innumerables formas en que pueden ser lesionados. Asimismo, la notoria abundancia de reglas específicas de carácter administrativo que regulan la materia, hace aún más necesaria una adecuada correlación entre las reglas específicas que el derecho administrativo produce desde sus diversas fuentes de protección administrativa, y los principios generales que les sustentan.

Entendiendo los principios como mandatos de optimización de un bien o un valor jurídico³, queda clara la ventaja que representa la técnica normativa principal de cara a intentar conseguir la mayor protección jurídica posible en la mayor cantidad de casos imaginables, puesto que la forma jurídica propia de las reglas, por su sola composición de tener un presupuesto de hecho necesariamente determinado, se ve restringida a la realización práctica de ese supuesto, quedando fuera del espectro cubierto por la norma otras posibilidades de afectación del bien jurídico que no estén contempladas en el supuesto normativo. Es por ello que los derechos fundamentales suelen ser reconocidos mediante fórmulas principales abiertas, precisamente, para garantizar la mayor protección posible a los valores por ellos protegidos.

En este sentido, dentro de los principios primordiales del derecho medioambiental se encuentra tradicionalmente el llamado principio de precaución o principio precautorio. Sin que exista consenso en torno a la existencia de un concepto unívoco del mismo, suele considerarse incardinado en el artículo 15 de la Declaración de Río de 1992, al señalar:

“cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”⁴.

Así, se reconocen los dos principales pilares de aplicación del principio en cuestión: la existencia de un peligro de daño irreversible y la falta de certeza científica absoluta⁵.

Este último punto, relativo a la falta de certeza jurídica absoluta, resulta crucial para la conceptualización del principio precautorio, por cuanto lo diferencia del principio preventivo, el cual se encarga del riesgo sabido,

³ RUIZ (2012), pp. 143-166.

⁴ *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (1992).

⁵ COSTA (2014), pp. 162 (159-179).

verificado, comprobado, en tanto que el precautorio interviene sobre el riesgo hipotético, sospechado, posible⁶.

La idea matriz que sostiene el principio precautorio, es consecuente con la característica general que tiene el derecho ambiental, de ser eminentemente preventivo, por cuanto la coacción *a posteriori* resulta ineficaz ante los daños ambientales irreversibles⁷, a la vez que resulta concordante con la terminología constitucional chilena que identifica claramente la amenaza de afectación al ambiente, dentro de los presupuestos de la acción o recurso constitucional de protección.

Sin embargo, dicho principio no se encuentra consagrado positivamente en Chile en el ámbito constitucional ni en el ámbito legal, a pesar de existir un proyecto de reforma constitucional que así lo propone⁸, y que se encuentra estancado en su primer trámite constitucional. Sin perjuicio de que a partir de una interpretación sistemática y finalista de los derechos fundamentales, no sería necesaria la positivación del principio en comento, esta situación ha permitido que se generen algunas inconsistencias, como la que se estudia en los apartados siguientes, y que tiene relación con la regulación del asbesto como sustancia peligrosa para la salud y el ambiente.

Lo expuesto no deja de ser interesante si se considera que, como parte de la doctrina ha identificado, si bien el artículo 19 N° 8 de la *Constitución política*,

“busca proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no lo hace con la fuerza necesaria para garantizar su efectiva protección. Esto no solo trae consecuencias para la dictación de leyes que desarrollen el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sino que también para la de regulaciones administrativas que tengan el mismo objetivo”⁹.

2. EL CASO DEL ASBESTO: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA

Desde una perspectiva técnica, el término ‘asbesto’ designa la forma fibrosa de los silicatos minerales pertenecientes a los grupos de rocas metamórficas de las serpentinas, es decir, el crisotilo o asbesto blanco, y de las anfíbolitas, entre las cuales se encuentran: la actinolita, la amosita o asbesto pardo, la

⁶ CAFFERATTA (2013).

⁷ CAFFERATTA (2004)), p. 161.

⁸ *Boletín* N° 11387-07.

⁹ GUILOFF (2011).

crocidolita o asbesto azul, y la tremolita o cualquier mezcla que contenga uno o varios de estos minerales¹⁰.

Dicha especie mineral es reconocidamente dañina para la salud cuando es inhalada al encontrarse en el aire en forma de fibras de asbesto libre, pudiendo causar graves enfermedades de alta letalidad, tales como: asbestosis, cáncer primario del pulmón y mesotelioma (pleural o peritoneal). Tanto es así, que no hay un umbral mínimo de exposición por debajo del cual no exista riesgo, por lo que todas las personas que se hayan expuesto a asbesto potencialmente pueden desarrollar estas enfermedades. Los grupos de mayor riesgo para contraer dichas enfermedades son los trabajadores que manipulan este material o laboran en ambientes contaminados por este tipo de fibras¹¹, pero no exclusivamente ellos.

Sin embargo, en el ámbito mundial, la ausencia de pruebas científicas concluyentes del daño ocasionado por el asbesto contribuyó a que los países demoraran en la dictación de una regulación que protegiera a quienes debían trabajar o estar expuestos al asbesto, situación de la que Chile no fue la excepción y que constituye un ejemplo evidente de las dificultades que presenta en el Derecho interno la aplicación del principio precautorio referido precedentemente y reconocido por el Derecho Internacional.

En este sentido, cabe considerar que la preocupación por los efectos nocivos de este material data de antiguo. Las alertas iniciales se dieron entre los años 1898 y 1906 en Europa, pero no se adoptó ningún tipo de acciones de precaución para reducir el contacto con el asbesto, ni se realizaron estudios en el largo plazo sobre el impacto en la salud de los trabajadores y de la población en general que vivía cerca de las industrias, a pesar de que todos ellos se encontraban expuestos al polvo del asbesto, ya sea en forma directa o indirecta¹².

Medio siglo después, en Chile, la regulación sobre el asbesto comenzó el año 1953 con la dictación del decreto N° 406 del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Legal, en el cual, por primera vez se fijaron las concentraciones máximas permitidas en los recintos en los que se desarrollaba trabajo humano con este material, en cualquiera de sus formas, fijándose una concentración máxima en 180 000 partículas por litro, dentro de una jornada de ocho horas diarias¹³.

Posteriormente, en el año 1954, se dictó el decreto N° 1.106 del Ministerio de Salud Pública y Previsión Social, que derogó el anterior decreto

¹⁰ Convenio Sobre el Asbesto, Ginebra, 4 de junio de 1986.

¹¹ MUTUAL DE SEGURIDAD DE LA CÁMARA DE LA CONSTRUCCIÓN (2016).

¹² UNESCO (2005), p. 11.

¹³ MINISTERIO DE SALUBRIDAD, PREVISIÓN Y ASISTENCIA LEGAL (1953).

N° 406 de 1953. Esta nueva norma, ratificó las 180000 partículas por litro de asbesto, permitidas en un recinto de trabajo. La modificación que planteó no fue en la disminución de la cantidad de partículas, sino que se redujo la jornada laboral máxima de los trabajadores. De ocho horas diarias, se redujo a seis horas máximas, que podían estar expuestos al asbesto¹⁴.

Sin embargo, fue en el año 1968 cuando por primera vez la legislación nacional consideró el asbesto como un agente que provocaba enfermedades profesionales, lo que quedó expresado en el decreto 109 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que aprobó el Reglamento para la Calificación y Evaluación de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, de acuerdo con lo dispuesto en la ley N° 16.744 del 1 de febrero de 1968, en el cual se estableció el seguro social contra los riesgos por accidentes laborales y enfermedades profesionales.

En este decreto, en su artículo 18 se lee:

“Para los efectos de este reglamento se considerarán los siguientes agentes específicos que entrañan el riesgo de enfermedad profesional:

Agente químico	Trabajos que entrañan el riesgo
28) Silicatos (asbesto, Talco, etcétera)	Todos los trabajos que expongan el riesgo durante la extracción, molienda, fundición, manufactura, uso y reparación con materias raras o sus productos elaborados”.

Posteriormente, su artículo identifica las enfermedades consideradas como profesionales, y el tipo de trabajo que debían desarrollar los trabajadores, leyéndose en la parte pertinente al asbesto:

“Enfermedades	Trabajos que entrañan el riesgo y agentes específicos
4) Neumocosis: Asbestosis	Asbesto (28)
7) Cáncer pulmonar y	Todos los trabajos que expongan al riesgo por de vías respiratorias acción de agentes químicos y físicos (asbesto 28)
17) Parodenciopatías	Todos los trabajos que entrañan el riesgo por acción de agentes específicos, químicos, físicos, biológicos y polvos (asbesto 28)
18) Mesotelioma pleural Mesotelioma peritoneal	Todos los trabajos que expongan al riesgo por acción del polvo Asbesto (28)”

¹⁴ MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y PREVISIÓN SOCIAL (1954).

Por su parte, el artículo 21 del decreto citado, señalaba:

“las enfermedades profesionales producen invalidez en los casos que se definen a continuación:

3) Cánceres cutáneos, respiratorios, hepáticos, urinarios, causados por agentes físicos y químicos: ...Asbesto...

I. Secuelas o complicaciones irreversibles, directas o indirectas:

a) Si incapacitan principalmente para el trabajo específico entre 40% a 50%.

b) Si incapacitan par cualquier trabajo, entre 70% a 90%.

II. Casos irrecuperables, sobre el 90%.

4) Neumoconlosis causados por los agentes ...asbesto...

I. Todo caso radiológicamente bien establecido (asbesto) o con complicaciones infecciosas:

a) Si incapacita principalmente para el trabajo específico entre 40% a 65%.

b) Si incapacita para cualquier trabajo entre 70% a 90%.

II. En los casos en que sólo exista comprobación radiológica o clínica se aplicará lo dispuesto en los artículos 71 de la Ley N° 16.744 y artículo 17° de este reglamento, establece un 25%”¹⁵.

Como se observa, en este Reglamento se detallan –por primera vez– los tipos de enfermedades que provoca la exposición al asbesto, y se las reconoce como enfermedades profesionales, lo cual significó todo un avance para la seguridad social en Chile, pues se estaba garantizando la protección de determinados bienes jurídicos, en este caso específico, la salud y la protección de los trabajadores. Desde otra perspectiva, esta sola referencia deja en claro la posición manifestada por las autoridades administrativas sobre la realidad del daño causado en la salud de las personas por la exposición a este material.

Siguiendo con la línea de tiempo de la regulación del uso del asbesto en el derecho chileno, durante el año 1976 se dicta un nuevo decreto, el N° 19 del Ministerio de Salud Pública, que derogó el decreto N° 1.106 de 1954 y los artículos 15 inciso segundo hasta el artículo 24 del decreto n.° 764 de 1956, y en su reemplazo, se aprobó el Reglamento sobre Concentraciones Ambientales Máximas Permisibles en los Lugares de Trabajo, que en su artículo 7°, señalaba que las concentraciones máximas para los polvos neumocomiógenos, inorgánicos y vegetales, específicamente, para todos los tipos de asbestos, era de

¹⁵ MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (1968).

“5 fibras por milímetro de aire, mayores de 5 micrones de largo (5 fibras / ml.5m.). Este método es válido usando filtro membrana y microscopio de contraste de fase y 400 a 450 aumentos”¹⁶.

Así, a medida que avanzaba el tiempo, el derecho comenzó a hacerse cargo de los problemas en la salud de los trabajadores que estaban expuestos a estos y otros materiales, lo que se expresó en la redacción de nuevos reglamentos. Es así como el año 1983 se dictó el decreto N° 78 del Ministerio de Salud, que aprobó el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Mínimas en los Lugares de Trabajo, que en su artículo 25, reguló las concentraciones ambientales máximas permisibles para los polvos neumoconiógenos inorgánicos y vegetales en especial, que para el caso del asbesto, eran de

“2 fibras por milímetro de aire, mayores de 5 micrómetros de largo. Esta Concentración Ambiental Máxima Permisible, es válida para el método que emplea filtro membrana y microscopio de contraste de fase y 400 a 450 aumentados”¹⁷.

En este último decreto N° 78 se fijaba en dos fibras por milímetro de aire de asbesto la exposición a este mineral, mientras que en el decreto N° 19 de 1976 del Ministerio de Salud Pública, se regulaba cinco fibras de asbesto por milímetro de aire. Es decir, se realizó una reducción de un 40% la cantidad de fibras de asbesto por milímetro de aire, porque su inhalación es imperceptible, no así los estragos en la población que ha trabajado en contacto directo con este mineral.

A pesar de esta realidad, surgió una postura que planteaba que era posible implementar una “exposición segura” al asbesto. Esta posición, emanada de las compañías manufactureras o productoras de este mineral, fue ratificada y avalada por los Estados en general y en especial por la OIT, mediante el Convenio 162, relativo al asbesto¹⁸. El artículo 9° señalaba que los Estados debían disponer la prevención o control de la exposición al asbesto mediante diversas medidas destinadas, por ejemplo, a regular la higiene de los lugares donde se trabajaba con este metal, para así evitar que los trabajadores se llevaran en sus ropas de trabajo el polvo de asbesto. Así también, dicha norma sugería establecer reglas y procedimientos especiales para aquellos lugares donde se trabajaba con el asbesto y productos que lo contuvieran¹⁹.

¹⁶ MINISTERIO DE SALUD (1976).

¹⁷ MINISTERIO DE SALUD (1983).

¹⁸ Convenio N° 162 de la Organización Internacional del Trabajo. Parte III: “Medidas de prevención y protección”, artículos del 9° al 19°.

¹⁹ CONVENIO N° 162 de la Organización Internacional del Trabajo.

En Chile, el planteamiento de la OIT plasmado en el Convenio 162, fue posible apreciarlo en la dictación del decreto N° 745 del año 1993²⁰, que permitió el uso del asbesto azul o crocidolita²¹. Además, en la resolución N° 5.081 del año 1993 del Ministerio de Salud, se estableció un sistema de declaración y seguimiento de desechos sólidos industriales, que permitió reglamentar para la Región Metropolitana de Santiago,

“un proceso de generación, acumulación, transporte y disposición final de desechos sólidos industriales, de forma que se prevengan y eviten los riesgos y daños eventuales en orden sanitario ambiental que les son propios”,

debido a “el hecho de no existir una reglamentación específica al respecto”²².

De la simple lectura del decreto y la resolución señalados en el párrafo anterior, es posible comprobar que en Chile no ha existido jamás una real conciencia, reflejada en la normativa correspondiente, de los peligros derivados de la utilización y la exposición al asbesto, sea tanto por la salud de los trabajadores que han manipulado este mineral como de quienes trasladaban los desechos industriales que lo contienen y aquella población que vivió cerca de las industrias o los vertederos donde se acopiaron materiales que contenían asbesto. Al destruirse estos materiales, el polvo fino del asbesto era arrastrado por el viento a sectores poblados, cercanos a los vertederos, ante lo cual las personas quedaron totalmente desprotegidas, y expuestas a enfermarse, y padecer enfermedades vinculadas a la exposición a estos materiales.

Si bien con la dictación del Reglamento para la Calificación y Evaluación de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales del año 1968, el nexo causal para determinar la enfermedad profesional quedó claramente determinado, no dictó ningún tipo de legislación que protegiera a quienes, a pesar de no haber trabajado en industrias vinculadas al asbesto, presentaban enfermedades causadas por la inhalación de este mineral, siendo víctimas silenciosas de este tipo de producción, por ser vecinos de las industrias que utilizaban asbesto en sus productos, familiares directos de los

²⁰ MINISTERIO DE SALUD (1993).

²¹ *Op. cit.*, artículo 19: “En todos los casos, sea que el tratamiento y/o disposición final de los residuos industriales se realice fuera o dentro del predio industrial, la empresa, previo al inicio de tales actividades, deberá presentar a la autoridad sanitaria una declaración en que conste la cantidad y calidad de los residuos industriales que genere, diferenciando claramente los residuos industriales peligrosos.

Para los efectos del presente reglamento se entenderá por residuos peligrosos los señalados a continuación sin perjuicio de otros que pueda calificar como tal la autoridad sanitaria ... Asbesto (polvo y fibras)...”.

²² MINISTERIO DE SALUD (1993).

trabajadores de estas industrias, o pobladores que vivían cerca de vertederos industriales, padecieron de este tipo de enfermedades, que para su caso, eran “comunes” y no “profesionales”.

3. SITUACIÓN ACTUAL

Como corolario de toda la evolución histórica de la reglamentación del uso del asbesto en Chile, en el año 2000, a través del decreto supremo 656 del Ministerio de Salud²³, se prohibió finalmente su uso, así como la importación, exportación, distribución, venta y uso de productos que contengan este elemento, como se puede leer en los artículos 1°, 2° y 3° del referido decreto supremo.

Sin embargo, este decreto presenta dos grandes problemas a resolver. El primero tiene relación con que el asbesto fue un material muy utilizado en nuestro país, en elaboración de las techumbres y cañerías, tal como lo ha señalado Machting al decir:

“el apartado sobre población y vivienda que incluyó el censo del año 2002 reveló que un 42,2% de las casas en Chile están construidas con planchas tipo Pizarreño mezcladas con cemento-asbesto en su techumbre; 46,5% en la Región Metropolitana. Otro ejemplo de la presencia del material es precisamente su participación en la red de agua potable: un documento de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SSIS), fechado el 23 de junio de 2011, reveló que ESVAL tiene un 44% de su red de cañerías con asbesto cemento. Aguas Andinas, un 58%, ESSBIO un 30% y Aguas Antofagasta, un 44%”²⁴,

por lo que el primer gran desafío es el retiro y reemplazo de este tipo de material.

En segundo lugar, este decreto, a través de las excepciones que contempla, permite igualmente la comercialización del asbesto, siempre y cuando se adopten medidas para “controlar el riesgo”, ya que existen empresas que se dedican a la remoción de materiales en los que se emplea este producto. Este problema es conocido para la autoridad, y así lo reconoce el Minsal al señalar:

“actualmente, la principal causa de exposición laboral al asbesto son las actividades de remoción o demolición, las que aumentan en relación a situaciones de emergencias o desastres y pueden también afectar a la

²³ MINISTERIO DE SALUD (2000a).

²⁴ MACHTING (2017), p. 5.

población cercana. Por otro lado, población no laboral se puede exponer en sus viviendas o sitios en los que se usó asbesto, cuando los materiales se deterioran o sobrepasan su vida útil, aunque este riesgo es mucho menor que el que enfrentan los trabajadores”²⁵.

Con esto se da la paradoja que, aunque claramente existe una reglamentación de prohibición del asbesto en nuestro país, es el propio cuerpo legal, como se indicó precedentemente, el que plantea excepciones en el artículo 5°, las que terminaron transformándose en la regla general. En efecto, dicha norma señala:

“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3° de este reglamento, la autoridad sanitaria podrá autorizar el uso de asbesto en la fabricación de productos o elementos que no sean materiales de construcción, siempre que los interesados acrediten que no existe factibilidad técnica ni económica que permita reemplazarlo por otro material.

Para obtener dicha autorización, el fabricante deberá acompañar informes técnicos en que se señalen las características del producto o elemento a fabricar, los tipos de asbesto que se utilizarán, las medidas adoptadas para controlar los riesgos para la salud de los trabajadores, la forma en que se eliminarán los desechos que se generan de los procesos industriales y de los sistemas de captación de polvo y la justificación técnica de que no es posible sustituir el asbesto por otro tipo de fibras. En caso de importación de estos materiales, el interesado deberá obtener en forma previa la autorización para su internación presentando a la autoridad sanitaria los antecedentes, en que se acredite el tipo y cantidad de asbesto a comercializar, el lugar y condiciones en que se efectuará su almacenamiento, las condiciones de manipulación del material, las condiciones y forma en que se eliminarán los desechos y medidas de seguridad de los trabajadores adoptadas”.

Asimismo, el Ministerio de Salud, de forma paralela a la dictación del decreto supremo N° 656 del año 2000, dictó el decreto 594 del mismo año, donde se aprobó el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo²⁶, que en su artículo 20, inciso 2°, calificó al asbesto en polvo y fibras como residuo peligroso.

En el artículo 59 letra b) de dicho Reglamento, se definió el concepto “límite permisible temporal”²⁷. Además en el artículo 66, específicamente

²⁵ MINISTERIO DE SALUD (2016), p. 31.

²⁶ MINISTERIO DE SALUD (2000b).

²⁷ “Valor máximo permitido para el promedio ponderado de las concentraciones ambientales de contaminantes químicos en los lugares de trabajo, medidas en un período de

para el asbesto en todas sus formas, el Reglamento señaló que el límite permisible temporal de exposición era de 0,1 fibras/cc (A-1), y el artículo 68° indicó que las sustancias calificadas como “A-1 son comprobadamente cancerígenas para el ser humano”.

A raíz de lo anterior, se concluye de manera clara que la utilización del asbesto en Chile solo se encuentra formalmente prohibida, permitiéndose, en la práctica, su utilización, contrariando, de esta forma, las normas internacionales vigentes sobre la materia, a pesar de que la propia normativa interna reconoce incluso el carácter cancerígeno de estos minerales.

Efectivamente, desde el año 1986, en que se aprobó el Convenio 162 de la OIT, que permitía el uso del asbesto, este fue permanentemente cuestionado y rebatido por la comunidad científica. A este cuestionamiento, se sumó el hecho que en el año 1992 se firmó la Declaración de Río, donde se definieron los derechos y las obligaciones de los Estados respecto de principios básicos sobre el ambiente y el desarrollo, indicándose en el Principio 15 de esta Declaración, que los Estados “deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades”, con el fin de proteger el ambiente²⁸, principio que comenzó a ser difundido y a aplicarse a la regulación del asbesto, porque la exposición a este mineral provoca un daño irreversible en el ser humano y, a la vez, existía incertidumbre científica sobre los alcances concretos de estos daños.

Sin embargo, ante las nuevas evidencias científicas irrefutables, la OIT se vio obligada a reformular su postura en relación con el asbesto, lo que se expresó en la resolución de 2006, donde comenzó a promover la eliminación del uso de todas las formas de asbesto²⁹. Sin embargo, a pesar de las prohibicio-

15 minutos continuos dentro de la jornada de trabajo. Este límite no podrá ser excedido en ningún momento de la jornada”

²⁸ *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (1992).

²⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). En la resolución relativa al asbesto, se estableció: “La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Considerando que todas las formas de asbesto, incluido el crisotilo, están clasificadas como cancerígenos humanos conocidos por el Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer, clasificación recogida por el Programa Internacional de Seguridad de las Sustancias Químicas (programa conjunto de la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Mundial de la Salud y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente); Alarmada por la estimación según la cual cada año mueren unos 100.000 trabajadores a causa de la exposición al asbesto; Profundamente preocupada por el hecho de que los trabajadores sigan afrontando graves riesgos ocasionados por la exposición al asbesto, en particular en las actividades de remoción del asbesto, demolición, mantenimiento de edificios, desguace de buques y manipulación de desechos; Observando que han sido necesarias tres décadas de esfuerzos y la aparición de alternativas apropiadas para que algunos países impusieran una prohibición general de la producción y utilización del asbesto y de productos que contienen asbesto; Observando

nes, la Unión Europea ha calculado que hasta el año 2050, se producían entre 250 000 a 400 000 muertes por mesotelioma, cáncer de pulmón y asbestosis.

Finalmente, cabe señalar que en Chile, no existe cálculo de las muertes provocadas por el asbesto, y de acuerdo con Daniela Machtig:

“la normativa vigente y las voluntades gubernamentales dirigidas a dar soluciones son insuficientes, considerando la magnitud del problema. No se han concretado leyes ni políticas públicas encaminadas a erradicar el asbesto, sólo se ha pretendido tener control respecto a la existencia del asbesto friable y los residuos correspondientes”.

Así, continúa la autora dictada señalando:

“el Estado no ha implementado campañas masivas de información que tengan impacto y periodicidad, con lo que se condena a las personas a la ignorancia sobre el tema. Esta situación es negligente y debiese ser subsanada con urgencia, puesto que si se busca que el habitante sea responsable respecto a la exposición y manejo del mineral, evidentemente no puede hacerlo si no tiene consciencia de él”.

4. CONCLUSIONES

Si bien el Principio Precautorio no está consagrado positivamente en el derecho interno chileno, es evidente su presencia en la institucionalidad ambiental del país, como se observa en una de las instituciones más importantes existentes en el área, cual es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Sin

asimismo que el objetivo del Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006, es prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo, 1. Resuelve que: a) la supresión del uso futuro del asbesto y la identificación y la gestión adecuada del asbesto instalado actualmente constituyen el medio más eficaz para proteger a los trabajadores de la exposición al asbesto y para prevenir futuras enfermedades y muertes relacionadas con el asbesto; b) no debería esgrimirse el Convenio sobre el asbesto, 1986 (núm. 162), para justificar o aceptar que se siga utilizando esta sustancia. 2. Solicita al Consejo de Administración que dé instrucciones a la Oficina Internacional del Trabajo para que: a) siga alentando a los Estados Miembros a que ratifiquen y apliquen las disposiciones del Convenio sobre el asbesto, 1986 (núm. 162), y del Convenio sobre el cáncer profesional, 1974 (núm. 139); b) promueva la supresión del uso futuro de todas las formas de asbesto y de materiales que contengan asbesto en todos los Estados Miembros; c) promueva la identificación y la gestión adecuada de todas las formas de asbesto instalado actualmente; d) aliente y preste ayuda a los Estados Miembros para que en sus programas nacionales de seguridad y salud en el trabajo incluyan medidas encaminadas a proteger a los trabajadores de la exposición al asbesto; e) transmita esta resolución a todos los Estados Miembros”.

perjuicio de ello, al no encontrarse reconocido este principio en las normas del derecho interno, existen variadas situaciones en las que se constata una clara incongruencia entre lo que señalan las normas generales, nacionales e internacionales sobre protección de la salud y el ambiente, y lo que establecen las normas especiales, particularmente de carácter reglamentario, transgrediendo, de esta forma y simultáneamente, no solo el principio precautorio, sino, también, el principio de juridicidad y la propia supremacía constitucional.

Comprendido lo anterior, queda claro que existen herramientas suficientes en el derecho interno como para resolver estas incongruencias sin precisar una reforma constitucional o legislativa sobre el punto, por cuanto constituye doctrina y jurisprudencia ya asentada la integración al derecho nacional del derecho internacional de los derechos humanos, y el propio texto constitucional mantiene una estructura principal abierta al regular los derechos fundamentales a la salud y a vivir en un ambiente libre de contaminación, siendo los principios normas jurídicas propiamente tales, pueden y deben tener una aplicación directa por parte de los operadores jurídicos, sin que sea lícito, por tanto, excusarse en la inexistencia de una consagración positiva expresa de subprincipios que permitan volver eficaces estos derechos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Boletín* N° 11387-07, 16 de agosto de 2017, modifica la Carta Fundamental para incorporar el principio precautorio en el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.
- CAFFERATTA, Néstor (2004): *Introducción al derecho ambiental* (México D.F., Instituto Nacional de Ecología).
- CAFFERATTA, Néstor (2013): "Los principios y reglas del Derecho Ambiental". Disponible en <https://es.scribd.com/document/216166293/Los-Principios-y-Reglas-del-Derecho-Ambiental-Nestor-Cafferatta> [fecha de consulta: 14 de octubre de 2019].
- COSTA CORDELLA, Ezio (2014): "Principio de Precaución y Regulación Ambiental en Chile: Operando sin instrucciones, pero operando", en *Revista Justicia Ambiental*, año VI, N° 6: pp. 159-179.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Rio de Janeiro, 14 de junio de 1992.
- GUILOFF TITIUN, Matías (2011): "El dilema del artículo 19 N° 8 inciso 2", en RDUCN.
- MACHTIG, Daniela (2017): "El asbesto. Una tarea pendiente. Informe sobre el panorama actual de control y retiro de asbesto en Chile", p. 5. Disponible en <http://movimientouca.cl/wp-content/uploads/CUADERNILLOweb.pdf>.

MUTUAL DE SEGURIDAD DE LA CÁMARA DE LA CONSTRUCCIÓN (2016): "Situación Actual del Asbesto", en *Revista HSEC*. Disponible en www.emb.cl/hsec/articulo.mvc?xid=1027&edi=45&xit=situacion-actual-del-asbesto-en-chile.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, (2006): 95ª Reunión de la Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, junio.

RUIZ, Ramón (2012): "La distinción entre reglas y principios y sus implicancias en la aplicación del derecho", en *Revista Derecho y Realidad*, N° 20: pp. 143-166.

UNESCO (2005): "Informe del Grupo de Expertos Sobre el principio Precautorio, de la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología", 25 de marzo, p. 11.

Normas citadas

Convenio N° 162 de la Organización Internacional Del Trabajo.

Convenio Sobre el Asbesto, Ginebra, 4 de junio de 1986.

Decreto N° 100, 22 de septiembre de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la *Constitución Política de la República de Chile*.

MINISTERIO DE SALUD (1993): Decreto N° 745, 8 de junio, aprueba reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales mínimas en los lugares de Trabajo.

MINISTERIO DE SALUBRIDAD, PREVISIÓN Y ASISTENCIA LEGAL (1953): Decreto N° 406, que Fija Tabla de Concentraciones Ambientales Máximas de Gases en Recintos Donde se Efectúe Trabajo Humano.

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y PREVISIÓN SOCIAL (1954): Decreto N° 1.106, 22 de diciembre, deroga el decreto N° 406 de 17 de febrero de 1953.

MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (1968): Decreto N° 109, 7 de junio, que aprueba el reglamento para la calificación y evaluación de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 16.744, de 1 de febrero de 1968, que estableció el seguro social contra los riesgos por estos accidentes y enfermedades.

MINISTERIO DE SALUD (1976): Decreto N° 19, 18 de marzo.

MINISTERIO DE SALUD (1983): Decreto N° 78, 21 de octubre, aprueba reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales mínimas en los lugares de trabajo.

MINISTERIO DE SALUD (1993): Resolución 5081, 18 de marzo, establece sistema de declaración y seguimiento de desechos sólidos industriales.

MINISTERIO DE SALUD (2000a): Decreto N° 656, que prohíbe uso del asbesto en productos que indica.

MINISTERIO DE SALUD (2000b): Decreto N° 594, 29 de abril, Aprueba Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo.

MINISTERIO DE SALUD (2016): "Estrategia Nacional del Cáncer. Documento Para Consulta Pública", p. 31. Disponible en www.minsal.cl/wp-content/uploads/2016/10/Estrategia-Nacional-de-Cancer-version-consulta-publica.pdf [fecha de consulta: 14 de octubre de 2019].

Ley N° 19300, 9 de marzo de 1994, que aprueba ley sobre bases generales del medio ambiente.

ALGUNOS PROBLEMAS (SIN SOLUCIÓN)
ACERCA DEL TRATAMIENTO
DE LA INSOLVENCIA
DE GRUPOS EMPRESARIALES:
ANÁLISIS DE PRECEDENTES Y PROPUESTAS
DE REFORMA LEGAL

SOME PROBLEMS (WITHOUT SOLUTION)
ABOUT THE TREATMENT OF CORPORATE
GROUP INSOLVENCY: ANALYSIS
OF PRECEDENTS AND PROPOSALS
FOR LEGAL REFORM

*Eduardo Godoy Hales**
*Ricardo Reveco Urzúa***

RESUMEN: La ley N° 20.720, sobre insolvencia y reemprendimiento, trata de los procedimientos concursales de empresas deudoras en forma individual, y desconoce, en lo sustantivo, que se relacionen a un grupo empresarial. A partir de la experiencia nacional, donde se han conocido concursos para reestructurar pasivos y activos de sociedades pertenecientes a *holdings*, se revisan algunos lineamientos del Derecho comparado para abordar globalmente estos casos mediante la coordinación procesal y la consolidación patrimonial. Se sugiere observar esas experiencias comparadas para evitar que se produzcan resultados ineficientes para el deudor y los acreedores.

Palabras clave: Insolvencia - Empreñimiento - Procedimientos concursales - Consolidación patrimonial.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Liquidador concursal y profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Los Andes, de Derecho de Insolvencia en el diplomado de la Universidad del Desarrollo; correo electrónico: egodoy@gha.cl

** Abogado y profesor de Derecho Privado de la Universidad de Chile y de Derecho de Insolvencia en el diplomado de la Universidad del Desarrollo. Socio de Carey y Cia; correo electrónico: rreveco@carey.cl

ABSTRACT: The law 20,720, on insolvency and re-entrepreneurship, deals with bankruptcy proceedings of isolated debtor companies, ignoring their relation with corporate groups. Based on insolvency national proceedings to restructure liabilities and assets of holding companies, we reviewed some guidelines of comparative law to deal with these cases globally through procedural coordination and debt consolidation. We suggested that comparative guidelines and law should be observed to avoid inefficient results for debtors and creditors.

KEYWORDS: Insolvency - Entrepreneurship - Bankruptcy proceedings - Equity consolidation.

INTRODUCCIÓN

La Ley N° 20720, sobre insolvencia y reemprendimiento (en adelante LIR¹), gira en torno al concepto de una persona singular, es decir, bajo el supuesto que la empresa deudora es una entidad “individual”, asumiendo que los deudores son verdaderas sociedades “islas”² sin relaciones exógenas. Esto significa que cada deudor debe presentar su propio proceso concursal³. Este supuesto, obviamente, desconoce una realidad propia del modelo actual y que implica una evolución, pues los negocios se estructuran como *holdings* o grupos empresariales, de los que penden sociedades filiales, coligadas u otros “vehículos”.

Esta evolución implica un cambio en el presupuesto subjetivo de la insolvencia: del comerciante decimonónico al grupo empresarial contemporáneo⁴. En efecto, por motivos de especialidad, tributarios o de diversificación de riesgos, los negocios se estructuran en varias entidades jurídicas, entre las cuales existen distintos tipos de interrelaciones. Y, para efectos de financiamiento, los prestamistas sofisticados normalmente asimilan estos grupos como una sola unidad, generándose intrincadas y complicadas redes de control, con efectos sobre las participaciones accionarias, relaciones laborales, tanto de crédito como de garantías entre ellas, entre tantas otras.

Dicho lo anterior, la paradoja que detectamos, es que aun cuando en Chile los grupos empresariales aparecen reconocidos expresamente como

¹ Cualquier invocación a ley, legislación concursal o LIR se deberá entender referida a la Ley n. 20720 o alguno de sus artículos.

² JEQUIER (2015), p. 570.

³ RASPALL Y RASPALL (2014), p. 3.

⁴ RODRÍGUEZ (2019), p. 231.

tales en el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores⁵, dicha circunstancia fue ignorada por la LIR en sus aspectos más relevantes.

Este vacío de la legislación concursal pretendemos revisarlo a la luz de dos casos de grupos empresariales que fueron objeto de múltiples procedimientos concursales tramitados en Chile bajo la actual LIR. Nuestra conclusión es que el resultado obtenido no es óptimo y, por ello, la LIR debería ser objeto de una modificación que la actualice, considerando algunos principios de derecho concursal comparado.

Dividimos el trabajo en los siguientes capítulos. Primero, revisamos los escasos aspectos de la LIR que regulan a los grupos empresariales. Luego, expondremos las principales normativas existentes en la materia, con énfasis en las guías proporcionadas a nivel comparado para la regulación de la insolvencia de grupos empresariales. Acto seguido, y a la luz de los casos de San Pablo-Lagunillas y de Fernández Wood, expondremos los principales problemas que observamos y cómo la aplicación de algunos principios de insolvencia comparado hubieren generado beneficios procesales y sustantivos para los acreedores de dichos grupos. Finalmente, haremos las conclusiones sobre las deficiencias de la legislación nacional.

I. LA ESCASA REGULACIÓN CONCURSAL SOBRE LOS GRUPOS EMPRESARIALES EN LA LIR

La LIR no abordó el tratamiento global de la insolvencia de una estructura societaria compleja e integrada. En efecto, nuestro legislador concursal solo reguló algunos aspectos muy limitados y enfocados en la sanción por el otorgamiento de créditos al interior de grupos empresariales (entre otros), que son totalmente insuficientes para dar un tratamiento apropiado y global a las múltiples relaciones y efectos que pueden generarse en ese contexto. Revisaremos esa limitada regulación de las circunstancias que usualmente se generan en los grupos empresariales.

En primer lugar, aborda a los créditos otorgados por personas relacionados con la sociedad deudora, que son propios de la forma como se estructura el financiamiento entre entidades pertenecientes al mismo grupo empresarial (veremos esta situación en el caso del financiamiento en algunos

⁵ Se entiende por grupo empresarial, el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a estos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten.

de los casos ocurridos bajo la vigencia de la LIR). A raíz de ello, el legislador prescinde de su derecho de voto en los procedimientos de reorganización, como también en las juntas de acreedores en un procedimiento de liquidación concursal, conforme aparece en los artículos 79 y 191, respectivamente.

Del mismo modo, de la creación de créditos otorgados por acreedores personas relacionadas con la deudora, surge la figura de la postergación de los créditos⁶, de conformidad al artículo 63, en el marco del procedimiento de reorganización, y del artículo 241 inciso final, en el contexto de una liquidación. El principio que ambas reglas recogen, es que los créditos de los acreedores relacionados con la deudora concursada o en liquidación quedan pospuestos bajo ciertas circunstancias hasta que los créditos no relacionados se hayan pagado íntegramente.

Asimismo, en virtud del artículo 74, y en el contexto de la protección financiera concursal, particularmente, del suministro asegurado destinado a darle viabilidad operativa y funcional a la unidad en reorganización, se determina que cualquiera operación con personas relacionadas a la empresa deudora, deberá ser autorizada por acreedores que representen más del 50% del pasivo del deudor. Ello, obviamente hace muy dificultoso que el acreedor relacionado proporcione fondos durante la protección financiera concursal.

En el marco de las acciones revocatorias concursales, particularmente en el artículo 287, aparecen las denominadas acciones revocatorias concursales objetivas, es decir, aquellas donde se revocará el acto o contrato ejecutado por el deudor, sin que sea necesario para ello indagar o acreditar si el cocontratante estaba en conocimiento del mal estado de los negocios, bastando, en principio, que el acto o contrato sea uno de aquellos que tipifica el legislador. Si esos actos típicos (*v.gr.* pago anticipado, dación en pago, otorgamiento de cauciones destinadas a asegurar obligaciones previamente contraídas) son ejecutados por personas relacionadas al deudor, el “periodo de sospecha” se amplía a dos años, desde el inicio del procedimiento concursal respectivo⁷. Adicionalmente, se autoriza la declaración de inoponibilidad de algunas modificaciones a la estructura societaria del deudor, ya sea fusiones, divisiones, reducciones de capital, si ellas causan perjuicio a los acreedores, conforme lo dispone el artículo 289.

Por otro lado, se crean tipos penales especiales tendientes a sancionar al administrador de hecho⁸, que harían referencia al grupo empresarial, contenidos en el artículo 463 quáter del *Código Penal*⁹. Sin embargo, se objeta

⁶ JEQUIER (2015), p. 571.

⁷ CÁRDENAS Y REVECO (2018), p. 587.

⁸ JEQUIER (2015), p. 573.

⁹ El artículo 463 quáter establece: “Será castigado como autor de los delitos contemplados en los artículos 463, 463 bis y 463 ter quien, en la dirección o administración de los negocios

su utilidad, atendido a que la responsabilidad en este caso sería penal y personal, y no de la persona jurídica propiamente tal¹⁰.

En ese sentido, nuestro legislador concursal se enfocó exclusivamente en la sanción por la intervención de grupos empresariales (derecho a voto, posposición de créditos, extensión de periodos sospechosos en el contexto de acciones revocatorias concursales, delitos especiales, etcétera).

En definitiva, dicho enfoque es insuficiente para dar un tratamiento apropiado y global a las múltiples relaciones y efectos que pueden generarse en el contexto de la insolvencia de un grupo empresarial, prueba de ello, son los problemas que surgieron en los casos de San Pablo - y del grupo Fernández Wood, que revisaremos más adelante.

II. ALGUNAS PAUTAS DE DERECHO CONCURSAL COMPARADO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA DE GRUPOS EMPRESARIALES

Aun cuando el enfoque del legislador concursal nacional sigue parcialmente los lineamientos del derecho comparado, ya se observan modificaciones a esa visión en el ámbito global.

La visión tradicional enfocada en la sanción¹¹, aparece, por ejemplo, en el caso de Argentina, que reguló en su Ley de Concursos y Quiebras¹², la

del deudor, sometido a un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación, hubiese ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones allí señalados, o hubiese autorizado expresamente dichos actos u omisiones”.

¹⁰ JEQUIER (2015), p. 573.

¹¹ Un completo desarrollo de estos puntos en la legislación comparada puede revisarse en JEQUIER (2015), p. 574 y ss.

¹² Para ese caso, aparece el artículo 161 de la ley N° 24.522, que dispone: “Artículo 161.- Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial. La quiebra se extiende: 1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores; 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso. 3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos”.

figura de la extensión de la quiebra por confusión de patrimonios¹³. Por su parte, Gran Bretaña estableció casos en que se extiende la responsabilidad de la sociedad a sus directores¹⁴. España, por su parte, también reconoce la figura del administrador de hecho y de los créditos subordinados¹⁵. Francia mantiene el esquema sancionador, generando responsabilidad civil para los directores de derecho o de hecho, sean o no accionistas, por los daños sufridos por los acreedores causada por su mala gestión¹⁶. Como se observa, la perspectiva comparada tiende a regular el aspecto punitivo de la injerencia del denominado administrador de hecho, haciendo extensiva las consecuencias patrimoniales de la quiebra a esos intervinientes, y responsable al administrador *de facto* respecto de entidades filiales del grupo empresarial.

Cabe advertir que la regulación de los procesos de insolvencia de los grupos empresariales es uno de los aspectos más espinudos del derecho concursal, pues, como vimos, la regulación tradicional asume la existencia de sociedades islas, reconociéndose, en pleno vigor, el principio de la personalidad jurídica, de modo que cada entidad se reconocerá por separado, abriendo cada una de ellas, un proceso de insolvencia individual, con su propio juez, liquidador, activos por liquidar, pasivos por verificar y acreedores por pagar, según la prelación legal de créditos aplicable a esa entidad.

Sin embargo, a nivel comparado, aparece la idea de proveer reglas especiales en el contexto de la insolvencia de entidades que pertenecen a un grupo empresarial, y ello, cuando existe un alto grado de interdependencia entre las entidades pertenecientes al mismo grupo¹⁷. Se pretende, así, que por la insolvencia de un vehículo no se arrastre al resto del grupo.

¹³ Para mayor análisis, se sugiere revisar GRAZIABILE (2018), p. 403.

¹⁴ PUGA (2017), p. 225. Señala el autor que la cuestión aparece tratada en la Insolvency Law de 1986, que regula dos casos en que se extienden la responsabilidad de la sociedad a sus directores. Estos casos son tratados en: 1) La acción de Fraudulent Trading del art. 213, en el que dentro de un proceso de liquidación, a solicitud del liquidador, puede decretar que quienes hayan administrado los negocios de la sociedad con la intención de defraudar a los acreedores se vean obligados a hacer contribuciones a la sociedad para satisfacer sus obligaciones concursales cuando los activos sociales sean insuficientes, aplicándose la misma regla a las sociedades matrices o filiales de la fallida. 2) La Wrongful Trading, en el art. 214, que sanciona a los directores y los "shadow directors", cuando hay continuidad del negocio a sabiendas de que la liquidación es inevitable dada la irremontable insolvencia

¹⁵ En ese sentido, véanse los artículos 172 N° 3 de la ley N° 22/2003, artículos 93.2.2, 164.1, 172.2 y 172.3, donde se reconoce la figura del administrador de hecho. De igual modo, en el artículo 92.5, se reconoce la figura de los créditos subordinados. Y los artículos 6.2.2 y 6.3.4 que recogen la declaración de pertenencia a un grupo empresarial.

¹⁶ PUGA (2017), p. 226 y ss., citando Redressement Judiciaire de 1985, L'Ordonnance N° 2008-1345.

¹⁷ UNCITRAL (2012), p. 22.

En esa línea, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) sobre Régimen de Insolvencia, en su *Guía Legislativa para Leyes de Insolvencia* (2012), realizó algunas sugerencias en torno al tratamiento de la insolvencia de grupos empresariales¹⁸. De hecho, algunos países ya las han implementado en su derecho interno¹⁹. Revisamos a continuación estas sugerencias legislativas.

Se plantea la posibilidad de prevenir el efecto de la insolvencia mediante la presentación de una solicitud conjunta de apertura del procedimiento, lo que tendría la virtud de reducir costos, trámites y anticipar al juez sobre la existencia del grupo, entre otros beneficios²⁰, y ello permitiría, a su vez, buscar una solución global para todas las entidades del grupo, incluyendo aquellas que serían solventes de otras que tendrían problemas de liquidez.

La coordinación procesal es otro principio que aparece destacado en estos casos de insolvencia y grupos empresariales²¹. Generaría beneficios de economía procesal, costos e identificación de activos, pasivos, acreedores, coordinación de audiencias, juntas, la participación de acreedores en comités de acreedores, etc. Pero hay que destacar que la coordinación propiamente tal mira, más bien, a la administración del proceso y no a soluciones sustantivas. Supone, como dice Marta Flores:

“resolver de forma unitaria las cuestiones que eventualmente podrían tener un tratamiento separado, y, por ello, contradictorio o desacompañado. Por otro lado, con la coordinación procedimental los costes directos e indirecto de los concursos pueden mantenerse más bajos que cuando la tramitación está descoordinada. Esta reducción de costos (económicos o temporales) deriva principalmente de la concentración de competencias en determinadas personas o instituciones, aunque también puede obtenerse ventajas gracias al aprovechamiento de economías de escala”²².

Desde luego, la implementación de esta finalidad de coordinación procedimental plantea retos importantes como, por ejemplo, regular quién y cuándo

¹⁸ Véase www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-S.pdf [fecha de consulta: 21 de octubre de 2019].

¹⁹ En Latinoamérica: Colombia, cuya experiencia puede revisarse en RODRIGUEZ (2018), p. 232 y ss., y Argentina, mediante el concurso de agrupamiento, que puede analizarse en RASPALL Y RASPALL (2014), p. 3 y ss. Para España, sugerimos revisar FLORES (2018), p. 304 y ss., legislación donde se trata de concursos conexos y la posibilidad de presentar concursos de empresas condicionados.

²⁰ UNCITRAL (2012), p. 24.

²¹ Véase RODRIGUEZ, p. 233 y FLORES (2018), p. 304.

²² FLORES (2018), p. 304.

puede iniciar este procedimiento, el tribunal competente, determinar la forma en que participarán los acreedores, la forma en que se enterarán de la existencia de este procedimiento coordinado, entre muchos otros aspectos.

Otro aspecto a destacar, es el trato que se le dará a las entidades del grupo empresarial cuando se inicia un procedimiento concursal en contra de una sociedad insolvente perteneciente al grupo. Una cuestión, por ejemplo, sería resolver si el “automatic stay”²³ podría extenderse a otra entidad que no sea objeto del procedimiento de insolvencia²⁴. Misma situación con el otorgamiento de medidas cautelares²⁵. Ello podría ser de interés cuando un vehículo del grupo se viere expuesto a una ejecución por haber otorgado un bien propio y esencial en garantía a favor de un acreedor de la entidad en insolvencia, en cuya contra se inició un procedimiento de insolvencia. Si la ejecución prospera, se perdería un bien esencial para la unidad económica, perjudicándose al grupo y a los acreedores de esa unidad respectiva. Otra cuestión que urge en estos casos, se refiere al financiamiento de la entidad en cuya contra se inició un procedimiento de insolvencia, dado que la iniciación de este tipo de procedimiento permite, en algunos casos, a los financistas suspender el desembolso de sus créditos bajo contratos de financiamiento y, por rebote, ello también podría afectar a otras entidades del grupo cuando se convienen pactos de *ratio* de endeudamiento de sociedades del grupo empresarial. Esta cuestión puede ocurrir, incluso, luego del procedimiento de insolvencia²⁶. En estas condiciones parecería conveniente, en una visión global, dar facilidades para el otorgamiento de financiamiento a estas entidades y crear protecciones para el financista que proporcione esos fondos frente a eventuales ataques de su preferencia, incluso si es relacionado, entre otros²⁷.

Las cuestiones a que da lugar el financiamiento de las empresas del grupo también pueden extrapolarse al uso de bienes esenciales dentro del *holding* cuando una de las entidades de este es objeto de un proceso de insolvencia. ¿Podrá una sociedad seguir gozando de esos bienes y viceversa?

²³ El *automatic stay*, en general, se trata de un efecto de la apertura de un procedimiento de reorganización, que implica una suspensión de las acciones de los acreedores contra el deudor, cuando se inicia un procedimiento bajo el capítulo 11 de la Ley de Insolvencia de los Estados Unidos de Norteamérica. Aparece en nuestro artículo 57 mediante la Resolución de Reorganización, véase CÁRDENAS y REVECO (2018), p. 546.

²⁴ UNCITRAL (2012), p. 38.

²⁵ *Op. cit.*, p. 40.

²⁶ Vimos que el artículo 74 autoriza la venta, enajenación o contratación que excedan determinados montos, pero si esas operaciones se practican con personas relacionadas con la empresa deudora, se requerirá la autorización de los acreedores que representen más del 50% del pasivo del deudor.

²⁷ UNCITRAL (2012), p. 41.

Se plantea:

“El uso de esos bienes podría suscitar impugnaciones con fines de anulación, en particular cuando la empresa que prestara apoyo cayera posteriormente en la insolvencia, y además, tal ocupación preocuparía a los acreedores de la empresa solvente”²⁸.

Ello deriva en que también será necesario determinar la forma cómo seguirán operando las entidades pertenecientes al grupo empresarial, es decir, regular las operaciones que se realizan intragrupo, creando mecanismos de impugnación, autorización, revocación, subordinación de determinados créditos intragrupo, etc. Como se observa, todas estas cuestiones son difíciles de ponderar, pero requieren de una regulación precisa, que aborde los eventuales conflictos de intereses que puedan surgir, determinación de las preferencias que puedan otorgarse a estos préstamos, autorización judicial eventual para su otorgamiento, entre otras materias.

Otro aspecto crucial de los regímenes de insolvencia tiene relación con la configuración de factores para evaluar si una empresa del grupo empresarial debe asumir la responsabilidad de las deudas externas de una entidad insolvente del grupo²⁹. No nos referimos, claramente, al caso en que la empresa relacionada asuma la responsabilidad de la deuda cuando ha otorgado una garantía con respecto a sus subsidiarias, coligadas, etc., por simple aplicación del principio de la fuerza obligatoria del contrato, frente al otorgamiento de una caución real o personal. Nos referimos al caso por el cual se genera una responsabilidad de indemnizar cualquier pérdida o daño en casos de fraude o culpa en transacciones intragrupo, recurriendo al régimen de responsabilidad civil, penal o simplemente al levantamiento del velo.

En esos casos se evita aplicar en toda su extensión el principio de la personalidad jurídica autónoma de cada empresa³⁰, y los tribunales tienen discreción para extender la responsabilidad de una o más empresas del gru-

²⁸ UNCITRAL (2012), p. 42.

²⁹ En Chile, vimos que la regulación de las deudas internas recurre a la subordinación en determinados casos, véase artículo 63. También se generan especiales deberes de impugnación del liquidador con esos créditos (artículo 173) y exclusión de quórum y derecho a voto en juntas de acreedores (artículo 191), entre otros.

³⁰ FLORES (2018), p. 316, quien lo explica para el régimen de insolvencia español. Otras jurisdicciones prescriben soluciones adicionales. En algunas circunstancias, por ejemplo, la ley puede tratar a la empresa insolvente como un agente de la compañía relacionada, lo que permitiría a terceros hacer cumplir sus derechos directamente contra la empresa relacionada como principal. Sin embargo, para una visión general del asunto, se puede revisar en UNCITRAL (2012), p. 61.

po por las deudas de otras empresas del grupo, sujeto a ciertos criterios³¹. En el caso español, se recurre a la hipótesis de confusión agravada de patrimonios³². Su efecto: un acreedor de una entidad del grupo lo pasará a ser de un conjunto de bienes de las entidades pertenecientes al grupo, ahora consolidado. En definitiva, bajo esos supuestos, se determina que un grupo empresarial operó como una sola empresa, decretándose la consolidación de sus activos y pasivos. Este es el denominado mandato sustantivo de consolidación patrimonial, una orden que algunos países proveen, pero que es muy estricta en sus requisitos para ser obtenida, pues pone en jaque el principio de la personalidad jurídica, que propicia y alienta a tomar riesgos en el mundo de los negocios. Pero el abuso o desviación de esa libertad de emprender, permite excluir su aplicación mediante la llamada consolidación patrimonial.

El dilema que presenta la aplicación de estas reglas de consolidación patrimonial tiene relación con su efecto en los acreedores de las diversas entidades del grupo empresarial. La disyuntiva llama a su ejercicio prudente y cauteloso³³. La visión global del grupo empresarial observa, por un lado, un gran conjunto de acreedores, que requeriría un tratamiento equitativo (por el abuso de la personalidad jurídica) y, por otro lado, su conciliación con los intereses de cada grupo de acreedores dependientes de cada vehículo corporativo. Ello puede generar una colisión de los derechos de los acreedores si los activos combinados de las empresas no son suficientes para cubrir los pasivos³⁴. Se afecta así, la seguridad jurídica, y ello se traduce en un mayor

³¹ Estos criterios observan las siguientes consideraciones: la medida en que la administración, el negocio y las finanzas de las empresas se entremezclan; la conducta de la empresa relacionada hacia los acreedores de la empresa insolvente; la expectativa de los acreedores de que estaban tratando con una entidad económica en lugar de dos o más empresas del grupo; y la medida en que la insolvencia es atribuible a las acciones de la empresa del grupo relacionado. Véase UNCITRAL (2012), p. 62 y ss.

³² FLORES (2018), p. 318.

³³ El principio común es que para decretar la consolidación, el tribunal debe estimar que los acreedores sufrirían un mayor perjuicio en ausencia de consolidación que lo que las empresas insolventes y los acreedores opositores sufrirían de su imposición. Algunas jurisdicciones permiten la consolidación parcial al eximir los reclamos de acreedores específicos, satisfaciéndolos con activos particulares (excluidos de la orden de consolidación) de una de las empresas insolventes. Este ejercicio de reconciliación conlleva dificultades que resultan en que se aplique con poca frecuencia en los Estados donde están disponibles, según lo informa la *Guía*.

³⁴ Estos intereses colectivos entrarán en conflicto si los activos totales de las empresas combinadas son insuficientes para satisfacer todas las reclamaciones. En tal caso, los acreedores de una empresa del grupo con una base de activos significativa verían sus probabilidades de recupero disminuidas por los reclamos de los acreedores de otra empresa del grupo con una base de activos baja. Véase FLORES (2018), p. 317 y ss.

costo al crédito (por la existencia de un mayor riesgo deudor), y, consecuentemente, a la libertad de emprender y de endeudamiento de las empresas. Pero, por otro lado, se generan externalidades positivas por la consolidación patrimonial, como sería una coordinación perfecta de los procesos (habría solo uno proceso concursal), no habría necesidad de recurrir a las acciones revocatorias intragrupo, se facilitarían las reglas de obligación a la deuda y contribución a la deuda en caso de deudores subsidiario o solidarios pertenecientes al mismo grupo, pues habría un solo deudor, y no varios fiadores o codeudores solidarios³⁵.

III. ALGUNOS CASOS DE GRUPOS EMPRESARIALES QUE SE HAN SOMETIDO A UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL BAJO LA LIR

Revisado la normativa nacional y comparada que establece algunos principios aplicables a la insolvencia de los grupos empresariales, comentamos dos relevantes casos de grupos empresariales que enfrentaron múltiples procesos de insolvencia, para detectar cómo esos principios, como de coordinación procesal y consolidación patrimonial, podrían haber facilitado los derechos de los acreedores, mejorado su *ratio* de recupero, entre otros aspectos.

A) *El caso San Pablo-Lagunillas*

Este grupo empresarial contaba con dos áreas de negocios. Una entidad que operaba como contratista de transporte de empresas forestales (Transportes San Pablo, en adelante TSP) y un intrincado árbol de sociedades dedicado al giro agroindustrial (explotación de predios agrícolas y la exportación de sus productos), que era desarrollado a través de una estructura *holding* que tenía como matriz a la sociedad Lagunillas.

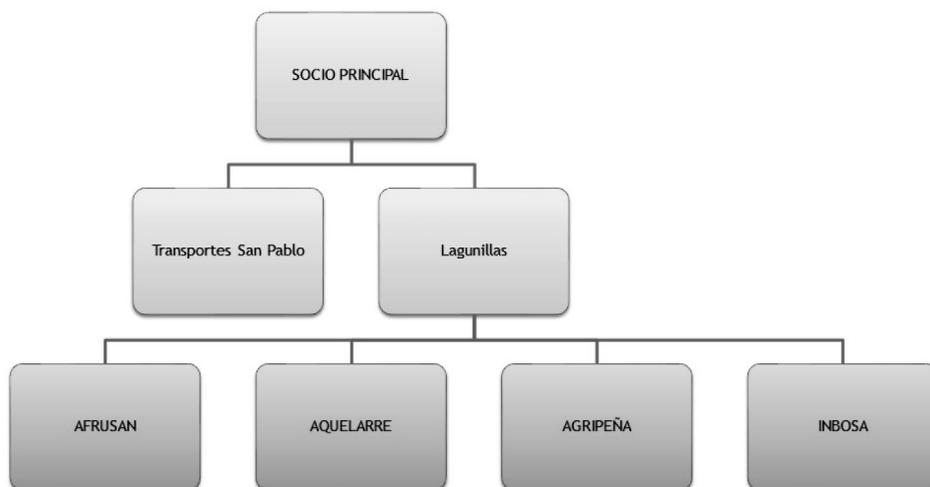
El problema del grupo devino originalmente por TSP, que al perder licitaciones y tener un fuerte apalancamiento financiero, presentó su propia liquidación concursal^{36,37}. Lo anterior, derivó en que los pasivos de TSP también se hicieran exigibles al socio principal y a la sociedad Afrusan, como

³⁵ FLORES (2018), p. 320.

³⁶ Véase proceso rol N° C-5407-2014 del Primer Juzgado Civil de Los Ángeles.

³⁷ TSP tenía estructurados sus pasivos principalmente con contratos de *leasing*, que conforme a la LIR, los acreedores deben optar por alguna de las posibilidades que les otorga el art. 225 (continuar con el contrato de arrendamiento en los términos originalmente pactados, ejercer anticipada la opción de compra o terminar anticipadamente el contrato).

codeudores, quienes en paralelo presentaron sus propios procesos de reorganización para reestructurar la deuda directa e indirecta.



El socio principal planteó un plan de reorganización³⁸ que consistió en otorgar segundas hipotecas sobre los inmuebles agrícolas de las sociedades Aquelarre, Agripeña e Inbosa, mientras que el otro acuerdo se realizó por Afrusan³⁹, que planteó su continuidad de giro y un nuevo calendario de pagos asociados.

Como nuestra legislación concursal no contempla herramientas de coordinación entre los procesos, todos estos fueron tramitados independientemente, en distintos tribunales, circunstancia que generó dificultades de orden práctico y sustantivo. En concreto, los acreedores y quórums eran distintos para cada proponente, pues se congregaron acreedores directos e indirectos de cada una de las entidades del grupo empresarial, generando pasivos autónomos para cada proceso. Al no existir coordinación procesal y tampoco consolidación patrimonial (del activo ni pasivo), ello generó que algunos acreedores pudieran exigir condiciones mejoradas en su caso, y, en el otro acuerdo, ciertos acreedores no fueron considerados en la propuesta.

Lo anterior, llevó a que los acuerdos de reorganización aprobados por los acreedores fueron soluciones meramente coyunturales, que no reestructuraron de forma adecuada los pasivos. En ese sentido, Afrusan, para aprobar su acuerdo, debió excluir al acreedor hipotecario de primer grado, quién, a

³⁸ Véase proceso rol N° C-727-2015 del Décimo Juzgado Civil de Santiago.

³⁹ Véase proceso rol N° C-30-2015 del Décimo Juzgado Civil de Santiago.

causa de lo anterior, demandó la liquidación forzosa de Lagunillas⁴⁰, cuyo único patrimonio eran sus participaciones sociales en sus sociedades filiales. Esta entidad, a efectos de defenderse, se sometió a un nuevo acuerdo de reorganización⁴¹.

La dificultad que presentó el acuerdo de Lagunillas, fue que debía integrar los activos de Afrusan, que ya tenía un acuerdo previamente alcanzado. Dicha coordinación no tenía una modalidad prevista en la LIR. Frente a ello, las dos opciones que se revisaron fueron la modificación del acuerdo original o la presentación de un nuevo acuerdo de reorganización. En un primer momento, se intentó modificar el original, pero fue imposible, dado que quienes lo votaban eran los acreedores originales, que como recordaremos había excluido al acreedor hipotecario de primer grado. Ese marco de pasivo generaba que ciertos acreedores tuvieran una preminencia, que en el contexto general de los pasivos del grupo, no les correspondía. Por ello, estos acreedores reclamaron tratos especiales que no era posible otorgar, por lo que la propuesta de modificación del acuerdo original fracasó, debiéndose proponerse un nuevo, que generó un problema importante respecto de cual tribunal era el competente para conocerlo, resolviéndose después de una contienda, que le correspondía conocer de la nueva propuesta al mismo que había tramitado la original⁴².

B) Grupo Fernández Wood

En el caso del grupo Fernández Wood, su matriz era la sociedad FW Corp, sociedad que tenía una serie de filiales, que podríamos distinguir en dos grupos: sociedades que desarrollaban proyectos inmobiliarios, que en su mayoría tenía participaciones de inversionistas distintos al grupo, siendo cada una distinta y no estando necesariamente integradas o relacionadas entre sí; y, sociedades constructoras, donde la principal era Constructora Fernández Wood, pero de la cual dependían otras sociedades filiales que fueron constituidas para proyectos inmobiliarios particulares o, bien, que tenían especialidades distintas como, por ejemplo, participar en registros de ciertas instituciones públicas.

FW Corp⁴³ y la Constructora Fernández Wood⁴⁴ presentaron sus liquidaciones concursales en forma conjunta, sin embargo, estos procesos quedaron en tribunales distintos, nombrándose dos liquidadores. Posteriormente,

⁴⁰ Véase proceso rol N° C-618-2016 del Juzgado de Letras de Molina.

⁴¹ Véase proceso rol N° C-920-2016 del Juzgado de Letras de Molina.

⁴² Véase proceso rol N° C-18200-2019 del Décimo Juzgado Civil de Santiago.

⁴³ Véase proceso rol N° C-1499-2017 del Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Santiago.

⁴⁴ Véase proceso rol N° C-1916-2017 del Sexto Juzgado Civil de Santiago.

se recurrió a la figura de gastos necesarios para la mantención del activo, al amparo del artículo 41 de la LIR⁴⁷. Lo anterior, solo confirma la deficiencia de nuestra legislación en el tratamiento de grupos empresariales, dado que no tiene una normativa que permita coordinar los procesos y consolidar los patrimonios y darles una administración adecuada en el marco de un concurso, lo cual es necesario para mejorar la tasa de retorno de los acreedores en las reestructuraciones financieras o liquidaciones de activos.

Otra circunstancia en que se advierte la falta de consolidación de patrimonios es en el tratamiento de acreedores simultáneos, es decir, aquellos que se presentan en varios de los procesos del grupo reclamando el mismo crédito, sobre la base de garantías personales y solidarias que las sociedades habían constituido entre sí. Así como no existe consolidación de activos conforme revisábamos en los párrafos anteriores, en los pasivos esta falta se traduce en que los pagos que puedan ser realizados en uno de los procesos, por parte de uno de los integrantes del grupo, no sea adecuadamente representado en los otros procesos⁴⁸.

En este sentido, las causales de objeción contempladas en los arts. 70 y 174 de la LIR que pueden saltar a la vista como la forma más adecuada para salvar el problema, no se ajustan de forma apropiada por un tema de temporalidad, dado que dicho mecanismo procesal, se plantea normalmente al

centaje de recuperación por parte de los acreedores del Deudor; b) Facilitar la ejecución de prestaciones que se encontraren pendientes y de las cuales se derive un beneficio para la masa, y c) Propender a la realización de los activos del Deudor como unidad económica". Cuando se analiza la continuidad de giro realizada en FW Corp resulta una interpretación extensa y válida de la norma, pero ciertamente no circunscrita a las consideraciones que el legislador tuvo en su dictación, dado que la empresa deudora no mantenía actividades, su condición siguió siendo de socio pasivo en las sociedades inmobiliarias, pero como la administración de estas era desarrollada desde la matriz, se mantuvo una continuidad con el exclusivo objeto de mantener operativas dichas sociedades, desarrollando la venta de las unidades o la terminación de proyectos, según haya sido el caso.

⁴⁷ El artículo 41 de la LIR establece la posibilidad del liquidador de efectuar contrataciones especializadas, recordemos que todos los gastos administrativos del procesos, deben ser solventados por el liquidador con cargo a sus honorarios fijados en el artículo 40 de la misma norma legal, siendo este caso, la excepción. Estas contrataciones especiales tienen un estatuto estricto en cuanto a su objeto y aprobación, dado que la ley solo las permite en los supuestos que sean necesarias para el "cuidado y mantención del activo del Deudor, a la recuperación y realización del mismo y a su entrega material". Para ser aprobadas requieren un quórum especial, es decir, 66% del pasivo con derecho a voto.

⁴⁸ En el caso del Acuerdo de Reorganización de la Isapre Mas Vida (véase proceso rol N° C-3831-2017 del Primer Juzgado Civil de Concepción) se optó por incluir una cláusula que permite reflejar pagos obtenidos a determinados acreedores a causa de la realización de garantías otorgadas por la Isapre ante la Superintendencia de Salud para deducir sus acreencias en la masa sometida al Acuerdo.

inicio del proceso, cuando dichos créditos son verificados quedando firmes e inmutables, no existiendo un vehículo procesal para descontar los pagos que sean realizados después que los créditos quedan incluidos en las nóminas de créditos reconocidos.

IV. CONCLUSIONES

Como se puede advertir, la legislación nacional en materia de concursos de grupos de empresas regula aspectos circunscritos muy específicos, como son el tratamiento de créditos de personas relacionadas y sanciones de orden civil, revocatorio y penal, que no responden a los criterios dados por la Uncitral en la *Guía Legislativa para Leyes de Insolvencia* (2005). Al no seguirse esos lineamientos se afectan seriamente los objetivos de reducir los costos de los procesos y mejorar la tasa de recupero de los acreedores.

La falta de coordinación procesal resulta ser una falta sistémica que se hace necesario abordar, en este sentido las legislaciones mencionadas (como Colombia y España, por nombrar algunas), demuestran criterios interesantes de acumulación de procesos, y de flexibilidad para determinar el establecimiento del concepto de grupos económicos, que está por sobre criterios hermenéuticos meramente formales, sino aplicando criterios prácticos que se encuentran determinados por control, actuación conjunta o interrelación de créditos o activos.

Se hace urgente una norma que, además, permita la consolidación de patrimonios, dado que la realidad superó la legislación. En los casos revisados se advierte el uso de herramientas legales de modo extensivo para solucionar esta omisión, pero con resultados que, en definitiva, son más costosos y no mejoran la *ratio* de recupero de los acreedores del *holding*, generando situaciones oportunistas para algunos acreedores, lo que violaría alguno de los criterios de la prelación de créditos.

BIBLIOGRAFÍA

- CÁRDENAS, Hugo y Ricardo REVECO (2018): *Remedios Contractuales* (Santiago, Thomson Reuters) 8.
- UNCITRAL (2012): *Guía Legislativa para Leyes de Insolvencia*. Disponible en www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-S.pdf [fecha de consulta: 21 de octubre de 2019].
- GRAZIEBILE, Darío (2018): *Efectos concursales sobre las obligaciones y los contratos* (Buenos Aires, Editorial Astrea).

- FLORES, Marta (2018): “Los concursos conexos”, en Belén CAMPUZANO y Enrique SANJUÁN, *El derecho de la Insolvencia. El concurso de Acreedores* (3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch).
- JEQUIER, Eduardo (2015): “Responsabilidad por insolvencia en los grupos empresariales. Una aproximación a la teoría del administrador de hecho en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N° 2: p. 570.
- PUGA, Juan Esteban (2017): *Derecho Concursal: Del procedimiento concursal de liquidación. Ley N° 20.720* (4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RASPALL, Miguel Ángel y María Laura RASPALL (2014): *Derecho Concursal de la Empresa* (Buenos Aires, Editorial Astrea), tomo 2.
- RODRÍGUEZ, Juan José (2019): *Nuevo Régimen de Insolvencia* (2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

ACCIÓN RESOLUTORIA:
COMENTARIO DE SENTENCIA
DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA,
DE FECHA 30 DE MAYO DE 2019,
SOBRE “LA TITULARIDAD PARA EJERCER
LA ACCION RESOLUTORIA”

RESOLUTING ACTION:
COMMENT OF JUDGMENT
OF THE EXCMA. SUPREME COURT,
DATE MAY 30, 2019,
ABOUT “THE OWNERSHIP TO EXERCISE
THE RESOLUTING ACTION”

*Fernando José Rabat Celis**
*Ignacia Vicuña Alessandri***

RESUMEN: Tal como lo analizaremos en este artículo, por años hemos asimilado que el *único* titular de la acción resolutoria prevista en el artículo 1489 del *Código Civil* sería el contratante diligente, privando, en consecuencia, de legitimación activa al contratante incumplidor. En la sentencia que comentaremos la Excma. Corte Suprema introduce un matiz a ese aserto, permitiendo que se pida la resolución, mas no la indemnización de perjuicios, incluso por el contratante incumplidor.

PALABRAS CLAVES: Legitimación activa - Acción Rresolutoria - Resolución-Cumplimiento - Indemnización - Mora.

* Abogado. Profesor de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: frabat@udd.cl

** Licenciada en ciencias jurídicas, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: ivicuna@gecco.cl

ABSTRACT: Since years the general understanding about the titularity of the resolutive condition ruled by article 1489 of our Civil Code, has been that the only entitled to file such claim is the one that fulfilled its obligation under the contract. That means that the party who breached its obligation cannot file this claim. In this article we comment a decision from our Supreme Court giving a slight new vision to this assertion, allowing the later to file a resolution action, but not to claim damages being the defaulting party.

KEYWORDS: Active Legitimatio - Resolutive claim - Resolution - Fulfilment - Compensation of damages.

1. ANTECEDENTES DE HECHO EN LA CAUSA

La sentencia en comento, fue dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 30 de mayo de 2019, rol de ingreso 7.417.2018. Los hechos establecidos por los tribunales de la instancia se resumen en los siguientes:

En diciembre de 2012 J.L.A., compró a la sociedad M. y E. Limitada, un camión nuevo, marca JMC, modelo Carrying 3.5 ST Pick Up. El precio convenido fue de \$12.721.000, acordando que \$7.000.000 se pagarían al contado y el saldo mediante cinco cheques por \$1.167.140 cada uno, con vencimiento a partir del 30 de enero de 2013.

En febrero de 2013 J.L.A. llevó el vehículo para la revisión de los 3.000 km y, no obstante haber efectuado dicha mantención, el 23 del mismo mes el camión no partió, por lo que debió ser trasladado por grúa hasta el taller de la automotora, donde permaneció hasta el 9 de marzo.

El 15 de marzo del mismo año el vehículo volvió a fallar, debiéndolo ingresar nuevamente al taller para su reparación; tres días después se le informó que el sensor del filtro acusaba la presencia de agua en el combustible.

El comprador interpone demanda principal de resolución de contrato de compraventa por no haber cumplido el vendedor con su obligación de entregar un camión en condiciones de funcionar.

El demandado opuso excepción de contrato no cumplido, alegando que el comprador no pagó los cuatro últimos cheques correspondientes al saldo del precio convenido, ni cumplió con las obligaciones contenidas en el contrato accesorio de garantía. Además, dedujo demanda reconvenzional de cumplimiento de contrato.

Sobre la base de lo antes señalado, en el considerando 8° la Corte¹ señala que los hechos establecidos por los jueces del fondo son los siguientes:

¹ CORTE SUPREMA (2019), rol 7417-2018, considerando 8°.

- i) la existencia del contrato de compraventa;
- ii) la modalidad de pago pactada, en cuanto a un pie al contado y un saldo documentado en cinco cheques;
- iii) la existencia de cheques girados que no fueron pagados por tener orden de no pago que fuera decretada por el comprador;
- iv) la existencia de fallas en el vehículo comprado, lo que obligó al demandante a llegar con el aludido camión al taller de la demandada conducido por una grúa.

La Corte, además, señala que conforme a los supuestos fácticos antes reseñados es posible concluir que ambas partes incumplieron sus obligaciones. Por un lado, el actor, quien, ante la entrega de un vehículo nuevo cuyas fallas imposibilitaban su marcha, dejó de pagar el saldo del precio convenido y optó por pedir a través de la presente acción judicial la resolución del contrato de compraventa. A su vez, la demandada no cumplió con su deber de entregar un camión nuevo, toda vez que el vehículo, luego de su adquisición, debió ser trasladado por grúa a su taller, sin que dicho litigante haya podido acreditar en este juicio que, al menos en la segunda oportunidad, tal defecto se debió al uso de combustible contaminado.

Los jueces de la instancia rechazaron la demanda de resolución de contrato deducida por el comprador, dejando asentando que el saldo de precio no fue pagado por este, siendo plenamente aplicable la excepción de contrato no cumplido, opuesta por el vendedor.

El demandante dedujo recurso de casación en el fondo, con ocasión del cual el máximo tribunal reflexionó acerca de la titularidad de la acción resolutoria.

2. ASPECTOS JURÍDICOS

2.1. Ideas generales

El artículo 1479 del CC reconoce que la condición es resolutoria “cuando por su cumplimiento se extingue el derecho”.

Nuestra legislación, reconoce tres clases de condición resolutoria:

- a. Ordinaria: Cualquier hecho futuro e incierto, que no sea el incumplimiento de una obligación, y que de ocurrir extingue el derecho²; recordemos que ella opera retroactivamente y de pleno derecho.
- b. Tácita: Es aquella que va envuelta en todo contrato bilateral para el caso de no cumplirse por la otra parte lo pactado. Es decir, el hecho

² ABELIUK (2008), p. 505.

futuro e incierto consiste en el incumplimiento de las obligaciones contractuales por una de las partes (artículo 1489)³; recordemos que no opera de pleno derecho, puesto que requiere de sentencia judicial.

c. Pacto comisorio:

- i) Es un acuerdo de los contratantes, que consiste en estipular que el contrato se resolverá en caso que alguna de ellas no cumpla lo pactado.
- ii) El *Código Civil*, en el artículo 1877 y ss., trata el pacto comisorio a propósito del contrato de compraventa y, específicamente, respecto de la obligación del comprador de pagar el precio. Se le llama pacto comisorio típico.
- iii) La doctrina y jurisprudencia están contestes en cuanto que el principio de autonomía privada admite que en otros contratos o en la compraventa respecto de otras obligaciones, se convenga un pacto comisorio, que se denomina atípico; este puede ser simple o calificado; existe discusión acerca del alcance de este último y si se puede enervar la acción por aplicación del artículo 1879 del *Código Civil*.

2.2. La acción resolutoria

- a. Concepto: Ella nace de la condición resolutoria tácita y del pacto comisorio y, a través de su ejercicio, se obtiene, por sentencia judicial, la resolución del contrato y, consecuencialmente, la extinción de la obligación⁴. Es decir, a través de ella se materializa la opción que le confiere el legislador al contratante diligente en orden a no perseverar en la convención.
- b. La doctrina tradicional ha entendido que el único *titular* de la acción es el contratante diligente, es decir, quien pide la resolución, debe haber cumplido o estar llano a cumplir su obligación.

Si bien no lo dice el artículo 1489, el artículo 1552 establece:

“en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”⁵.

³ *Código Civil* chileno.

⁴ Así lo dispone el artículo 1567 n.º 9 del *Código Civil*, al enumerar los modos de extinguir las obligaciones.

⁵ *Código Civil* chileno.

Esto es la aplicación del principio “la mora purga la mora”, o sea, no hay incumplimiento mientras la otra parte no cumpla, por ello se llama excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus*. En otras palabras, el incumplimiento contractual de una de las partes impide configurar la mora del demandado y, por ende, este, frente a la acción resolutoria deducida, puede oponer la excepción en comento.

Como manifestación de lo anterior, René Abeliuk planteaba que la acción resolutoria emana del incumplimiento de obligaciones contractuales; tiene por objetivo hacer efectivos derechos de crédito y, en consecuencia, es una acción personal que corresponde al contratante diligente en contra del otro contratante que no cumplió algunas obligaciones que le impuso la convención⁶.

Entre los fundamentos de la tesis tradicional acerca de la naturaleza de la acción resolutoria y de su titularidad, suelen esgrimirse los siguientes.

- i) La equidad: Si una parte no cumple su obligación, hay razones de equidad y justicia que permiten a la otra parte desligarse del vínculo jurídico.
- ii) Voluntad presunta de las partes: El legislador interpreta la posible o probable voluntad de las partes, en especial, la del contratante *diligente* quien no querrá seguir ligado con quien no ha cumplido su obligación y esta intención ha estado presente al otorgarse el contrato.
- iii) La causa: Para algunos autores, en los contratos bilaterales la causa de la obligación es la prestación correlativa (causa final), de manera que, si ella no se cumple, falla la causa y, por lo tanto, el otro contratante no está en la necesidad de satisfacer su obligación.

Se *crítica* esta posición porque la causa debe existir al momento de nacer el acto jurídico y, en este caso, el incumplimiento se verifica durante el curso de la relación contractual. Además, se dice que, si falta la causa, habrá nulidad, mas no resolución.

Ratificando esa posición, la Corte Suprema⁷ ha fallado que la acción resolutoria ataca un acto sin vicios, pero sometido a una condición, cual es la de no cumplirse por una de las partes lo pactado.

- iv) Interdependencia de las obligaciones: Entre las obligaciones recíprocas del contrato bilateral existe una íntima dependencia, de manera que lo que sucede con una obligación (su incumplimiento) repercute necesariamente con la otra.

⁶ ABELIUK (2008), p. 531.

⁷ CORTE SUPREMA (1993), Sociedad Resinas y Terpenos Ltda. con Cía. de Aceros del Pacífico S.A.

- v) Es una protección al acreedor *diligente* (no puede ser requerido por el deudor incumplidor) y una sanción al deudor que ha faltado a su compromiso, lo que se demuestra con la indemnización de perjuicios.
- vi) La Corte Suprema⁸ señaló que esta institución está inspirada en la equidad y justicia, en tanto se presume que en los contratos bilaterales cada una de las partes consiente en obligarse a condición que la otra se obligue a su vez para con ella, o sea, la reciprocidad de las obligaciones acarrea necesariamente la de las prestaciones.

Como se dijo, en el caso que hemos revisado, los jueces de la instancia acogieron la excepción de contrato no cumplido opuesta a la demanda principal de resolución y rechazaron la demanda subsidiaria de indemnización de perjuicios por estimar que existió una actuación negligente del demandante; además, acogió la demanda reconvenzional y ordenó el pago del saldo de precio pendiente, todo ello razonando como tradicionalmente se había hecho, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

3. LA SENTENCIA EN COMENTO

El fallo lo que establece es que, incluso aquel que no ha cumplido su obligación puede demandar la resolución de contrato. Así, expresamente señala:

“la excepción de contrato no cumplido si bien obsta a la indemnización de perjuicios, no enerva la acción de resolución de contrato, ya que a través de ella lo que se persigue es que las cosas se retrotraigan al estado anterior en razón del incumplimiento de las partes respecto de sus obligaciones”.

Para pensar de esta manera, la sentencia razona del modo que sigue:

1. En primer término, cita a Víctor Vial⁹, resumiendo sus principales ideas en lo siguiente:
 - a. No es lógico que las obligaciones que engendra el contrato, que debieron extinguirse por el incumplimiento, aun cuando este sea imputable a ambas partes, deban mantenerse con vida artificialmente hasta que las extinga la prescripción.
 - b. No parece jurídicamente razonable que, si ninguna de las partes del contrato bilateral quiere perseverar en él, deban continuar

⁸ CORTE SUPREMA (2015), rol 5536-2014, Silvia del Carmen Miranda Herrera con Antonio Rodrigo Figueroa Fita.

⁹ VIAL (2007), pp. 73-76.

- ligadas por el vínculo contractual a menos que una de estas cumpla su obligación.
- c. La doctrina y la jurisprudencia han hecho una interpretación extensiva del artículo 1552¹⁰; la excepción de contrato no cumplido no tiene carácter general, sino solo con relación a la indemnización de perjuicios.
2. La sentencia también cita lo expuesto por Enrique Alcalde R., en su excelente obra sobre la responsabilidad contractual. La Corte se centra en los siguientes aspectos:
 - a. Cuando el incumplimiento es recíproco, carece de todo sentido que ambas obligaciones deban permanecer vigentes hasta que se cumplan los plazos de prescripción, cuando ninguna de las partes tiene interés en cumplir y ambos desean, por el contrario, desistirse del contrato¹¹.
 - b. La mora no es un presupuesto de la resolución del contrato, sino únicamente para pedir la indemnización de perjuicios. Lo que dice el artículo 1552 es que “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en *mora*...”, este es el único alcance de la norma y ello está vinculado, únicamente, con la procedencia de la indemnización de perjuicios, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 1557 del *Código Civil*. No puede dársele a la norma un alcance mayor a ese.
 - c. En consecuencia, puede ejercerse la acción resolutoria, pero no puede pedirse indemnización de perjuicios¹².
 3. La sentencia, en su considerando 5º, cita un interesante trabajo de Claudia Mejías¹³, quien distingue dos situaciones que emanan de la interpretación del artículo 1552 del *Código* de Andrés Bello, a saber:
 - a. La excepción de contrato no cumplido, la que suspende temporalmente la pretensión de cumplimiento, oponiendo la excepción respectiva, situándola como una defensa del acreedor diligente;
 - b. La compensación en mora, que impide que uno de los contratantes pueda ser considerado en mora mientras no cumpla o se allane a hacerlo y opera de pleno derecho, lo que se vincula con la indemnización de perjuicios. En este caso, el cumplimiento de la obligación correlativa pasa a ser un requisito de la constitución en mora; mientras ello no sucede, “las moras se neutralizan”.

¹⁰ *Código Civil* chileno.

¹¹ ALCALDE (2018), p. 379.

¹² *Op. cit.*, pp. 418-421.

¹³ MEJÍAS (2014), pp. 389-412.

La distinción precedente es relevante desde la perspectiva de la indemnización de perjuicios. Así, la compensación en mora impide que la mora se produzca y, por ende, teniendo en cuenta los efectos de las obligaciones, no existirá la indemnización, lo que no impide que se declare la resolución de la convención.

4. La sentencia que comentamos, en su considerando 6°, también recoge un trabajo de Bruno Caprile¹⁴ quien plantea lo siguiente:

El autor comienza recordándonos cuál es la posición preminente en esta materia:

“para demandar el cumplimiento, la resolución o la indemnización, el demandante debe haber cumplido o estar llano a cumplir sus propias obligaciones”.

De esta forma se colige que el contratante incumplidor no es titular de la acción resolutoria.

El profesor Caprile no comparte esa tesis tradicional y postula que el incumplidor puede impetrar la acción resolutoria, puesto que “la solución contraria conduce a resultados inaceptables”, así, plantea cuál es el verdadero alcance de la mora, concluyendo:

- i) es una exigencia de la acción indemnizatoria;
- ii) no es una exigencia de la acción de cumplimiento, pues el artículo 1537 permite expresamente demandarlo antes de haberse constituido el deudor en mora;
- iii) ni tampoco lo es de la acción resolutoria, pues sería ineficiente dejar a las partes ligadas por un contrato válido, pero que ninguna de ellas puede ejecutar mientras la otra no cumpla su parte.

Además, cita una sentencia de la Corte Suprema¹⁵, en la cual se estableció:

“aunque no hay precepto alguno que resuelva la cuestión de si uno de los contratantes que no ha cumplido las obligaciones contraídas puede o no solicitar la resolución de la promesa de venta en contra de la otra parte que tampoco ha dado cumplimiento a las suyas, los jueces están en el deber de juzgarla del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural de acuerdo con lo preceptuado en el N° 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. En efecto no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece

¹⁴ CAPRILE (2012), pp. 53-93.

¹⁵ CORTE SUPREMA (2003), rol 512-2003, considerando 5°.

así ineficaz por voluntad de las mismas. Luego no pugna, por lo tanto, con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella se acoja en este caso, porque la resolución, precisamente el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo y todavía, porque acogiéndola se llega a la realidad propia de toda resolución, cual es que las cosas puedan restituirse al estado anterior, como si el contrato no hubiese existido, sin embargo no procede la indemnización de perjuicios pedida pues ella requiere de mora y en este caso no podría existir para ninguna de las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1552 del citado Código Civil¹⁶.

5. Por último, no obstante que no fue citado por la Corte Suprema, nos parece relevante tener en consideración lo que plantea Hernán Corral al respecto¹⁶:
 - a. Resume la tesis tradicional señalando que si el demandado se excepciona haciendo ver que el demandante tampoco ha cumplido ni se encuentra llano a cumplir su obligación recíproca, en virtud del artículo 1552 hará improcedente la resolución porque no podrá decirse que él se encuentra en mora: su mora habrá sido purgada por la mora del demandante.
 - b. La tesis tradicional es compleja porque permitiría dejar relaciones contractuales vigentes sin eficacia, una especie de bloque mutuo que solo se resolverá una vez que se extingan las respectivas obligaciones por la prescripción.
 - c. Por lo expuesto, tilda de acertada la distinción entre el derecho del acreedor a pedir la resolución del contrato y el derecho a reclamar la indemnización de perjuicios por el incumplimiento.
 - d. Desde este punto de vista, ni la imputabilidad ni la mora son exigidas para la resolución, solo para pedir los perjuicios.
6. Finalmente, la sentencia en análisis se sintetiza en lo siguiente:
 - a. Considerando 7^o¹⁷: Es posible que la excepción de contrato no cumplido enerve la acción de cumplimiento de indemnización de perjuicios, pero no impide la acción resolutoria, especialmente si ambas partes han incumplido las obligaciones que el contrato les impone.

¹⁶ CORRAL (2010), pp. 226-230.

¹⁷ CORTE SUPREMA (2019), rol 7417-2018, considerando 7°.

- b. Considerando 9^o¹⁸: la excepción de contrato no cumplido, si bien obsta a la indemnización de perjuicios, no enerva la acción de resolución de contrato, ya que a través de ella lo que se persigue es que las cosas se retrotraigan al estado anterior en razón del incumplimiento de las partes respecto de sus obligaciones.

4. EN CONCLUSIÓN

En definitiva, del fallo en comento se concluye que el planteamiento de la Corte apunta a que es posible deducir la acción resolutoria cuando ambos contratantes están en mora, pero no así la de indemnización de perjuicios.

Nos parece que ello está en la línea de lo que se ha denominado como “la independencia de la acción indemnizatoria”, estableciéndose que no tiene por qué ir junto con la de cumplimiento y resolución. Aquí hay una demostración más de ello. El contratante incumplidor puede separar la resolución de la indemnización e impetrar su acción solo por la primera.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2008): *Las obligaciones* (5^a ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2018): *La responsabilidad contractual* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2012): “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”. Corte Suprema, 4 de diciembre de 2003, rol N° 512 201, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIX, segundo semestre).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010): *Contratos y daños por incumplimiento* (Santiago, Legal Publishing).
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2014): “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno”. Corte Suprema, 30 de mayo de 2019, rol n.º 7417-2018, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 2.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2007): *Manual de las obligaciones en el Código Civil chileno* (2^a ed., Santiago, Editorial Biblioteca Americana).

¹⁸ CORTE SUPREMA (2019), rol 7417-2018, considerando 9°.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA (1993): Rol 10851-1993, Sociedad Resinas y Terpenos Ltda. con Cía. de Aceros del Pacífico S.A., 27 de enero de 1993.

CORTE SUPREMA (2003): rol 512-2003, Centro Médico Dental Santa Marta con Verdugo Barrios, Manuel Jesús, 4 de diciembre de 2003. CORTE SUPREMA (2015): Rol 5536- 2014, Silvia del Carmen Miranda Herrera con Antonio Rodrigo Figueroa Fita, 31 de marzo de 2015.

CORTE SUPREMA (2019): Rol 7417-2018, Lobos Amaro Jacinto con Maritano y Ebensperger Limitada, 30 de mayo de 2019.

FE DE ERRATAS EN UN COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA*

FAITH OF ERRATS IN A JURISPRUDENCE COMMENT

*Emilio Rioseco Enríquez***

En el N° 40 de la revista *Actualidad Jurídica*, publicada por la Universidad del Desarrollo, aparece el artículo titulado “La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido en el marco de los incumplimientos recíprocos” de que es autor Aníbal Korn Agusti (comentario de jurisprudencia).

1. El tema que se examina se refiere a un contrato de compraventa de cierto inmueble, en el cual ambas partes se negaron a cumplir sus recíprocas obligaciones y el comprador demandó al vendedor pidiendo la resolución del contrato. En primera instancia se acogió la acción resolutoria y en alzada se revocó la sentencia, solo en cuanto a la indemnización de perjuicios, ante lo cual el actor recurrió de casación de forma. La Excma. Corte Suprema acogió el recurso y en sentencia de reemplazo, del año 2014, confirmó el fallo del juez declarativo de la resolución del contrato, con indemnización limitada al daño emergente.
2. En concepto del autor, este fallo de la Corte Suprema representa una modificación sustancial a la doctrina y a la jurisprudencia, y,

* Este artículo está relacionado con el titulado “La acción resolutoria y la excepción del contrato no cumplido en el marco de los incumplimientos recíprocos”, de que es autor Aníbal Korn Agusti, publicado en la revista *Actualidad Jurídica* N° 40, p. 517 y ss. Asimismo, está vinculado con el artículo titulado “Algunas reflexiones en torno a la excepción del contrato no cumplido”, de Víctor Vial del Río, publicado en esta misma revista, N° 32, p. 57 y ss. También lo está con el artículo “Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido”, de Emilio Rioseco Enríquez, publicado en esta revista, N° 10, p. 295 y ss. y en aquel titulado “A propósito de la excepción del contrato no cumplido”, de Pablo Rodríguez Grez, revista *Actualidad Jurídica*, N° 10, p. 299 y ss. Del mismo modo, se relaciona con el artículo “Sobre la excepción del contrato no cumplido” del entonces decano Pablo Rodríguez Grez, publicado en esta revista N° 9, p. 121 y ss. Finalmente, se vincula con el artículo “Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido”, (Algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación), de Enrique Alcalde Rodríguez, publicado en esta revista N° 8, p. 69 y ss.

** Exprofesor de Derecho Civil. Universidad de Concepción.

- además, establece la manera correcta en que debe operar la acción resolutoria en relación con la excepción del contrato no cumplido.
3. Para demostrar que la referida sentencia de casación constituye una sustancial modificación a la *doctrina* se cita la opinión del decano Arturo Alessandri Rodríguez (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 28, sec.1°, p. 689) según la cual en caso de incumplimiento recíproco de un contrato bilateral, el artículo 1489 del *Código Civil* no opera la resolución del contrato, puesto que conforme al art. 1552 no hay mora de ambas partes y la acción resolutoria exige que una de las partes esté en mora y la otra (que acciona) haya cumplido o se allane a cumplir. Faltando ambos supuestos no hay acción resolutoria.
 4. Lo anterior que, según el autor, sería una “tesis tradicional” la opone a la “tesis moderna” que sería la de la Corte Suprema, al reconocer la acción resolutoria pese al incumplimiento recíproco de las partes¹.
 5. Pero, ocurre que la opinión del profesor Alessandri no rechaza la procedencia de la resolución contractual ante el caso de incumplimientos recíprocos y, por el contrario, estima que fundándose dicha sentencia en el principio de equidad, ello conforma un fallo aceptable, tal como se hizo en la sentencia de casación de fecha 29 de julio de 1931².
 6. Como expresa el Sr. Alessandri, es un caso en que la interpretación estricta de la ley aparece en pugna con la equidad y ante ello el tribunal prefiere esta última, porque está llamado a hacer justicia. De modo que lejos de haber tesis tradicional y tesis moderna lo que hay es una justa y correcta aplicación de la ley.
 7. Por otra parte, la referida sentencia de la Corte Suprema del año 2014 ha acogido la acción resolutoria, pese al incumplimiento recíproco, y para ello sobre la base del hecho de no estar legislada expresamente la solución del caso, ha aplicado el art. 24 del *Código Civil*, esto es, el principio de la equidad natural.
 8. Es el mismo fundamento de la sentencia de casación del año 1931 (antes citada), de modo que no puede decirse que este fallo de 2014 constituya una “tesis moderna” cuando igual resolución y con el mismo fundamento se dictó hace 83 años en 1931.
 9. Ante el acucioso artículo de Korn Agusti me ha parecido conveniente señalar estas dos *erratas*; es decir, que es equivocado sostener que la sentencia de la Corte Suprema del año 2014 modifica sustancialmente a la *doctrina* y a la *jurisprudencia*.

¹ Fallo de 2014.

² *Revista de Derecho. y Jurisprudencia*, tomo 28, sec. 1°, p. 689.

LIBROS, RESÚMENES
Y
RECENSIONES

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO
IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO 8 - N° 15 - OCTUBRE DE 2019

REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
ISSN 0719-2959

WWW.DERECHOIBEROAMERICANO.CL

Presentación

ESTUDIOS

Jurisdicción constitucional comparada

- Carlos Hakansson: Jurisdicción constitucional y control de las leyes en la constitución peruana de 1933 13
- Juan Santiago Ylarri: El control judicial de constitucionalidad en Argentina 45
- Manuel Eduardo Marín Santoyo: El precedente en el derecho colombiano: la estructuración del concepto y su aplicación por la jurisprudencia de la Corte Constitucional 87

Derechos fundamentales

- Raúl Bertelsen Repetto: Fuerza normativa de la constitución y judicialización de los derechos sociales de prestación 115
- Sebastián Soto Velasco - Ana María Muñoz Massouh: El derecho de propiedad: debates en Chile a propósito de la experiencia alemana 153
- César Ravinet Muñoz: Análisis jurídico-constitucional de la obligación de seguridad laboral en el derecho chileno en el marco de la protección social 175

ENSAYOS

Iván Aróstica Maldonado: La tempestad y el ímpetu legal ante la Carta Fundamental	199
---	-----

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Rodrigo Céspedes: Derechos de la mujer a la función pública: un caso chileno del siglo XIX	211
--	-----

RECENSIONES

Julio Alvear Téllez: ¿Transhumanismo o posthumanidad? La política y el derecho después del humanismo de Miguel Ayuso (ed.)	227
--	-----

SIGLAS Y ABREVIATURAS	233
-----------------------	-----

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES	237
--------------------------------	-----

ÍNDICE
REVISTA *IUS PUBLICUM* N° 43/2019
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

ESTUDIOS

- Miguel Ayuso Torres: *El bien común y la articulación de lo público y lo privado* 11
- Eduardo Andrades Rivas: *La monarquía hispánica y el Estado de Derecho en Indias* 17
- Carlos Gabriel Arnossi: *Consensualismo y derechos humanos en el Magisterio de Benedicto XVI: Un aporte para la interpretación realista de los derechos humanos* 49
- Silva Estela Marrama: *Análisis de un fallo sobre maternidad subrogada a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia* 61
- Eduardo Soto Kloss: *Los fundamentos del Derecho Administrativo. Una visión iusnaturalista* 83

IN MEMORIAM

- Antonio Budano Roig: *Dr. Carlos Raúl Sanz (10 de noviembre de 1942 - 16 de marzo de 2019)* 97

CRÓNICA

- Reflexiones tomistas*: Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas*: Alonso Gracián, P. Fernando Pascual, Álvaro Góngora, Steven Neira. *Reflexiones fuertes*: José Durand Mendiorez, Antonio-Carlos Pereira Menaut, Gonzalo Rojas S. 103-124

DOCUMENTOS

- MAGISTERIO PONTIFICIO: *Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el Congreso "Yes to Life! Cuidando del precioso don de la vida en su fragilidad" organizado por el Dicasterio para los Laicos, la Familia y la Vida. Sala Clementina*

(sábado, 25 de mayo de 2019). *Discurso del Santo Padre Francisco al Tribunal de la Rota Romana con ocasión de la Inauguración del año judicial. Sala Clementina (martes, 29 de enero de 2019). Mensaje del Santo Padre Francisco a los participantes en la Conferencia Internacional "Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo: Conquistas, Omisiones, Negaciones" (Roma, 10-11 de diciembre de 2018). Viaje Apostólico a Croacia. Discurso del Santo Padre Benedicto XVI. Encuentro con exponentes de la sociedad civil, del mundo político, académico, cultural y empresarial, con el cuerpo diplomático y con los líderes religiosos. Teatro Nacional Croata – Zagreb (Sábado 04 de junio de 2011). Discurso di Pio XII al Tribunale della Sacra Romana Rota (13 noviembre 1949). Discurso del Santo Padre Juan Pablo II a los participantes en la Conferencia Mundial sobre ley celebrada en Madrid (Lunes 24 de septiembre de 1979). La Iglesia y el escándalo del abuso sexual (En-sayo del Papa Emérito S.S. Benedicto XVI). MAGISTERIO EPIS-COPAL: India: la Iglesia recuerda que el yoga no es católico (Abril 25, 2018). Dubia del cardenal Zen sobre las directrices de la Santa Sede. Vivimos un ataque contra el derecho fundamental a la vida de todos. Cardenal Burke, ante el caso Lambert: "¿Puede el Estado dar muerte a los inocentes e indefensos". VARIA: La naturaleza como fundamento de la vida moral. A los XXV años de la Veritatis splendor. Mayo del 68 y Concilio Vaticano II*

127-178

ACTUALIDADES

- I. CHILE: 1. Desengaño de Chile. 2. Lo que Chile le debe a Thaddaeus Peregrinus Haënke. 3. Revelan contenido de carta de San Martín a O'Higgins y que fue encontrada en propiedad allanada a Cristina Fernández. 4. Schakleton y el Piloto Pardo. 5. El MIR patrimonial
- II. EXTRANJERO: 1. El Papa ha lanzado hoy un nuevo tweet en su cuenta @Pontifex en nueve idiomas. 2. La ley no puede autorizar la eutanasia. 3. Interesante debate sobre eutanasia en The Spectator. 4. Consideraciones sobre la eutanasia. 5. La eutanasia ¿es justificable? 6. Obispo afirma que nunca es compasivo quitar comida y bebida para causar la muerte. 7. Eutanasia, una bola de nieve inexorable: La caída progresiva en el abismo en cinco países donde es legal. 8. Derecho a Vivir:

181

“La llamada “ley de muerte digna” abre paso a la eutanasia en España”. 9. Vida, condición sine qua non del Estado de Derecho. 10. Carta abierta al médico que logró la desconexión de Charlie Gard, un bebé de ocho meses	190
---	-----

JURISPRUDENCIA

El Derecho, entre la emoción y la razón. Discurso pronunciado por el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Constitucional de Chile, profesor don Iván Aróstica Maldonado, con ocasión de la inauguración del Encuentro con jueces del Tribunal Constitucional de España, efectuado en mayo 2019 en la sede del Tribunal en Santiago de Chile	121
Corte Europea de Derechos Humanos (Pleno). Buscarini con San Marino, App. 24645794. Juramento, libertad de conciencia y jurisprudencia comparada (Comentario de Rodrigo Céspedes)	217
Tribunal Constitucional (11.6.2018 (rol 4672/2018). Consejo de Defensa del Estado (contienda de competencia). Trabajadores de Astilleros y Maestranzas de la Armada/Acción declarativa de mera certeza (Comentario de Eduardo Soto Kross)	221
Tribunal Constitucional (18.01.2019) Honorables Senadores y Diputados de la República c/artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018. (Requerimiento de inconstitucionalidad – Roles 5572-18/5650-18-acumulados-) (Comentario de Luis Alfonso Herrera Orellana)	231
Dictámen N° 14.498/2019. Contraloría General de la República. Protección a la maternidad de servidoras a honorarios. Reconsideración	238

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Recensiones	245
Reseña de libros	258
Reseña de revistas	261
Noticias	265
Edición <i>Ius Publicum</i>	267

ACTUALIDAD JURIDICA

FORMULARIO DE SUSCRIPCIÓN

Nombre	
Dirección	
Dirección de despacho	
Comuna	
Ciudad	País
Teléfono	Fax
Profesión/Carrera	
Universidad/Instituto	
Empresa/Institución	
Giro	
R.U.T.	Correo electrónico

TIPO DE SUSCRIPCIÓN

Nueva Renovación 1 año 2 años

Emitir cheque cruzado a nombre de

“EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO LTDA.”

por la suma de \$ por suscripción (es)

TIPO DE DOCUMENTO

Boleta Factura

SUSCRIPCIÓN* 1 AÑO (2 revistas) 2 AÑOS (4 revistas)

Nacional \$ 22.000 \$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o correo electrónico a:
EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56 2 299 92 71
Fax: 56 2 299 92 71
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56 41 268690
Fax: 56 41 268669
E-mail: cferrando@udd.cl

