

P.

puntos de referencia

CENTRO
DE ESTUDIOS
PÚBLICOS

EDICIÓN DIGITAL
N° 604, MAYO 2022

POLÍTICA Y DERECHO

¿Cómo deberán fallar los tribunales bajo la nueva Constitución?

MARIANNE GONZÁLEZ Y MARÍA EUGENIA SANDOVAL



RESUMEN

- La función jurisdiccional fue una de las materias de las primeras normas aprobadas por el Pleno de la Convención Constitucional.
- Entre dichas normas, hay algunas califican el modo en que deberá ejercerse jurisdicción. Por ejemplo, se dispone que los tribunales, cualquiera sea su competencia, deben resolver con enfoque de género. Asimismo, se deben velar por la tutela y promoción de los derechos humanos y de la naturaleza, del sistema democrático y el principio de juridicidad. También deben observarse los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad.
- El CEP invitó Marianne González, profesora universitaria, y a María Eugenia Sandoval, abogada con una valiosa experiencia en la judicatura, a reflexionar sobre las características y posibles consecuencias de estas normas que ingresaron al borrador de nueva Constitución.
- Marianne González enfoca la cuestión desde una perspectiva que combina continuidad y cambio. Llega a la conclusión que en dichas normas hay mucho de continuidad, pues son el resultado de procesos que ya venían desarrollándose hace tiempo.
- María Eugenia Sandoval, por su parte, concuerda en que algo de continuidad hay en estas normas acordadas por la Convención Constitucional, especialmente en materia de género. Pero advierte sobre los problemas que, por la forma en que quedaron redactadas, podrían dichas normas —y otras del borrador— plantear al ejercicio de la jurisdicción.

MARIANNE GONZÁLEZ es abogada, Universidad de Chile, Profesora Asistente en la Facultad de Derecho de la misma universidad. Doctora en Historia, Columbia University.

MARÍA EUGENIA SANDOVAL es abogada, Universidad de Concepción. Ha sido abogada integrante de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Ministra de la Corte Suprema y Consejera de la Academia Judicial.

Transcripción de seminario “¿Cómo deberán fallar los tribunales bajo la nueva Constitución?”, celebrado el 28 de marzo de 2022 en el CEP. El seminario fue moderado por Lucas Sierra (CEP) y su grabación está disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/noticias/notas-de-prensa/como-deberan-fallar-los-tribunales-bajo-la-nueva-constitucion> Las referencias a las normas del borrador de nueva Constitución están hechas al texto que entró a la Comisión de Armonización con fecha 16/05/2022. Todas se encuentran en “CAPÍTULO (COM 6) SISTEMAS DE JUSTICIA”, con la misma numeración que aquí se les da. El borrador se encuentra en: <https://www.chile-convencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22-1.pdf>

1.

PRESENTACIÓN DE MARIANNE GONZÁLEZ

Desde febrero de 2022 en que se comenzaron a discutir en el Pleno de la Convención Constitucional las propuestas de las Comisiones, el proceso constituyente chileno avanza de forma acelerada y vertiginosa. Hasta el mes de abril de 2022 —fecha en que escribo estas líneas— se han aprobado por el Pleno de la Convención un conjunto de normas que van delineando el diseño de la Judicatura en la propuesta de nuevo texto constitucional (Oficios 525, 560, 645 y 697 de la Presidencia de la Convención Constitucional, en adelante PCC)¹. Entre ellas, destacan normas sobre el carácter plurinacional e intercultural del sistema de justicia, la consagración expresa del pluralismo jurídico, la paridad en la integración de los tribunales de justicia y el mandato de fallar con enfoque de género e interseccional, así como el establecimiento de un Consejo de la Justicia encargado del proceso de nombramiento, gestión y control disciplinario de juezas, jueces y funcionarios del nuevo Sistema de Justicia.

Estas novedades —entre muchas otras que consagra el borrador de la nueva constitución— ha abierto un intenso debate en la comunidad jurídica y en la opinión pública respecto de los alcances que estas innovaciones podrían tener en la forma de fallar de los tribunales de justicia.

Desde febrero de 2022 en que se comenzaron a discutir en el Pleno de la Convención Constitucional las propuestas de las Comisiones.

En esta ocasión, propongo aplicar el lente de historiadora para analizar algunas de las normas aprobadas por el Pleno de la Convención en materia de Sistemas de Justicia. Esta perspectiva histórica implica evaluar en qué medida dichas normas introducen rupturas o presentan continuidades con la forma en que, hasta ahora, han funcionado los tribunales de justicia en Chile.

El análisis se centrará en particular en dos dimensiones de las normas hasta ahora aprobadas: 1) la paridad, enfoque de género e interseccional, y 2) el pluralismo jurídico, plurinacionalidad e interculturalidad. Esto deja fuera del análisis otras aristas de las normas aprobadas, en particular la nueva estructura orgánica y el rol del Consejo de la Justicia, así como el derecho de acceso a la justicia, la consagración

¹ Presidencia de la Convención Constitucional, Oficio 525 de 17 de febrero de 2022; Oficio 560 de 2 de marzo de 2022; Oficio 645 de 22 de marzo de 2022; y oficio 697 de 11 de abril de 2022, disponibles en <https://www.chileconvencion.cl/normas-aprobadas-pleno/> [consulta: 25 de abril de 2022].

de la justicia vecinal o las normas relativas al sistema penitenciario, las cuales pueden ser objeto de su propio análisis en una ocasión futura.

Como mostraré, estas normas implican, en algunas dimensiones, rupturas fundamentales con la forma en que operan hoy en día los tribunales de justicia, pero al mismo tiempo, muestran cierta continuidad con procesos históricos de más larga duración. Al enfatizar estas continuidades, quisiera tratar de brindar cierto nivel de calma a la discusión sobre estas materias. En efecto, si bien la Convención Constitucional puede parecer a muchos como voluntariosa y refundacional, sus decisiones pueden también comprenderse como el resultado de procesos de cambios largos y progresivos que comienzan recién a encontrar un reconocimiento más abierto en la propuesta de texto constitucional.

1.1. Paridad, perspectiva de género e interseccionalidad

Una primera dimensión del articulado que ha generado revuelo en la discusión pública así como en el mundo judicial y de la profesión legal ha sido la cuestión de la paridad y perspectiva de género. El principal artículo en la materia establece lo siguiente:

“Paridad y perspectiva de género. La función jurisdiccional se regirá por los principios de paridad y perspectiva de género. Todos los órganos y personas que intervienen en la función jurisdiccional deben garantizar la igualdad sustantiva.

El Estado garantiza que los nombramientos en el Sistema Nacional de Justicia respeten el principio de paridad en todos los órganos de la jurisdicción, incluyendo la designación de las presidencias. Los tribunales, cualquiera sea su competencia, deben resolver con enfoque de género.” (Art. 14º, Oficio 525 PCC).

Los principios generales aquí enunciados se concretan en otros artículos: se establece que *“las y los integrantes de los órganos jurisdiccionales, [...] se denominarán juezas o jueces”*, lenguaje inclusivo que se mantiene en todo el articulado (Art. 2º, Oficio 645 PCC). No solo eso, sino que además se establece un mandato de utilización de lenguaje inclusivo en las sentencias (Art. 9º, Oficio 560 PCC). Asimismo, se establece el mandato específico al sistema de justicia de prevenir y sancionar la violencia de género y de capacitar a sus funcionarias y funcionarios para erradicar los estereotipos de género (Art. 21º, Oficio 645 PCC).

Más aún, de acuerdo a las últimas normas aprobadas por la Convención, la perspectiva de género se debe complementar con el enfoque interseccional:

Perspectiva interseccional. La función jurisdiccional debe ejercerse bajo un enfoque interseccional, debiendo garantizar la igualdad sustantiva y el cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos en la materia.

Este deber resulta extensivo a todo órgano jurisdiccional y auxiliar, funcionarias y funcionarios del Sistema de Justicia, durante todo el curso del proceso y en todas las actuaciones que realicen. Asimismo, los tribunales, cualquiera sea su competencia. (Art. 22º Oficio 697 PCC).

Esto quiere decir que, además de la dimensión de género, debe también incorporarse una mirada que considere cómo ésta se entrecruza y articula con otros factores de discriminación tales como la clase social, la raza, la etnia, la edad, la situación migratoria, la orientación sexual, la discapacidad, y todo otro factor en que estén implicadas relaciones de poder y opresión sobre ciertos grupos en la sociedad (Crenshaw, 2017).

Para clarificar el análisis de estas disposiciones, es necesario diferenciar entre la paridad, por un lado, y la perspectiva de género e interseccional, por otro. Esto, pues la primera se refiere a una dimensión orgánica de la composición del Poder Judicial, mientras que las segundas apuntan a la forma en cómo debe ejercerse la función jurisdiccional.

En base a esta diferenciación, la mayor ruptura que introduce el texto constitucional viene dada por el principio de paridad —esto es, la dimensión orgánica—, más que por el enfoque de género e incluso que el aparentemente novedoso enfoque interseccional. Esto, porque el **enfoque o perspectiva de género, así como el enfoque interseccional son actualmente principios vigentes** en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, e incluso, de las mismas normas constitucionales que consagran el principio de igualdad y no discriminación entre todas las personas, y en particular, entre hombres y mujeres (Art. 19 N° 2, CPR 1980).

Para clarificar el análisis de estas disposiciones, es necesario diferenciar entre la paridad, por un lado, y la perspectiva de género e interseccional, por otro.

Es decir, la inclusión del enfoque de género, así como del enfoque interseccional en el nuevo texto constitucional, no cambia nada respecto de los criterios que hoy en día debieran estar utilizando los tribunales de justicia, pues estos tienen el mandato constitucional, y en base al derecho internacional, de interpretar las normas en el sentido de evitar toda forma de discriminación entre las personas. Esto incluye tanto la perspectiva de género como la perspectiva interseccional.

Tanto es así que en los últimos 10 años es posible observar cambios progresivos en la jurisprudencia de los tribunales de justicia, los cuales han ido incorporando estas perspectivas en sus decisiones. Estos cambios han sido reconocidos y promovidos por la *Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No discriminación* en el Poder Judicial (<http://secretariadegenero.pjud.cl/>). En su página web, se ha creado un repositorio de jurisprudencia de sentencias con perspectiva de género que demuestra que esta perspectiva ha sido efectivamente incorporada en los fallos de los tribunales de justicia.

Por lo demás, si bien la incorporación del concepto específico de “perspectiva de género” en el marco del Poder Judicial es un fenómeno relativamente reciente (últimos 10 o 15 años), las ideas y luchas sociales que subyacen a este concepto son el reflejo de un largo proceso histórico por el cual los mo-

vimientos feministas y de las diversidades y disidencias sexuales han logrado visibilizar y denunciar las relaciones asimétricas de poder basadas en el género. Como resultado, han tenido éxito en ir modificando de forma progresiva las percepciones sociales sobre la relación entre hombres y mujeres y sobre la forma en que se construyen las identidades de género.

En efecto, este proceso tuvo sus primeras manifestaciones a inicios del siglo XX, con los primeros movimientos de mujeres obreras reclamando igualdad salarial y protección de su condición de madres, así como de mujeres de clase media y elite organizándose en torno al sufragio y a los derechos civiles de la mujer casada (Hutchison, 2001; Lavrin 2005). Este movimiento fue creciendo hasta la aprobación del sufragio femenino universal en 1949, pero decayó en los años siguientes en el contexto de la persecución y el fraccionamiento político causado por la Ley de Defensa Permanente de la Democracia (Gaviola et al., 1986; Roseblatt, 2000). Estos movimientos tuvieron un segundo momento de resurgimiento en la década de los 80, durante la dictadura, que fue también el momento en que se organizaron las primeras organizaciones LGBT (Gálvez et al. 2021). En la década de los 90 se produce otro relativo adormecimiento de las reivindicaciones feministas, las que sin embargo se reactivan en los años 2000 en torno a los debates jurisprudenciales y de la movilización en torno a la píldora del día después (Muñoz, 2014). Así, cuando irrumpe en 2018 el “mayo feminista”, este no es una simple importación o réplica del “*Me too movement*” (Zerán, 2019). Más bien, las demandas globales empalmaron con la continuidad de un movimiento nacional más que centenario, el que ha ido estructurando la organización del Estado chileno desde al menos finales del siglo XIX.

Este proceso tuvo sus primeras manifestaciones a inicios del siglo XX, con los primeros movimientos de mujeres obreras reclamando igualdad salarial y protección de su condición de madres.

Además, si bien solo de forma reciente este movimiento ha comenzado a utilizar el concepto de “interseccionalidad” para referirse a los cruces en los patrones de discriminación, puede decirse que siempre lo ha comprendido y ejercido desde la práctica. El movimiento feminista chileno fue diverso y plural en términos sociales desde sus orígenes, y desde los inicios hubo conciencia que los problemas de la mujer obrera o campesina no eran los mismos que los de las mujeres de clase media (Lavrin 2005). Más reciente es la articulación de las demandas feministas con las de las mujeres indígenas, a lo menos a nivel nacional —las primeras organizaciones feministas indígenas en Chile pueden situarse a finales de la década de 1990 (Gálvez et al. 2021). Con todo, la perspectiva interseccional en ningún caso es una “nueva moda” impuesta desde el exterior: sus precedentes históricos locales son claros en la práctica del movimiento feminista nacional, aunque solo en los últimos años haya logrado articularse conceptualmente en estos términos.

Así, la incorporación del enfoque de género en la nueva constitución no debe entenderse como una ruptura, sino como la consagración de la continuidad de un largo movimiento histórico, de cambios sociales y políticos progresivos que finalmente logran ser incorporados en las normas jurídicas de más alta jerarquía. Más que una novedad, lo que hacen estas normas es adaptar el sistema legal, siempre rezagado, a cambios sociales de larga duración (Novoa Monreal, 1964).

Ahora bien, si tanto la perspectiva de género como la perspectiva interseccional ya son principios vigentes en nuestro ordenamiento jurídico ¿cuál es el sentido de incorporarlas expresamente en el nuevo texto constitucional? ¿Es acaso un ejercicio meramente simbólico o redundante? Mi opinión es que no: el efecto de estas normas es sustantivo y necesario. En efecto, la consagración de un mandato expreso a los tribunales de justicia tiene por efecto visibilizar y enfatizar un principio existente pero que, debido a las relaciones desiguales de poder que estructuran la sociedad chilena en general, y al Poder Judicial en particular, es resistido y sujeto a cuestionamiento por quienes ejercen la jurisdicción. Es decir, a pesar de ser principios vigentes a nivel normativo, su aplicación práctica dista mucho de ser óptima.

A este respecto, la existencia de la Secretaría de Género del Poder Judicial y su necesidad de visibilizar los fallos que han incorporado la perspectiva de género es prueba en sí misma que la judicatura chilena aún está lejos de aplicar estos principios de forma generalizada. Por el contrario, todavía resulta necesario educar, capacitar y profundizar teóricamente en lo que significa la aplicación del enfoque de género en la jurisprudencia nacional. Esto es aún más cierto respecto del enfoque interseccional, que recién comienza a ser recepcionado por la jurisprudencia nacional y resulta todavía desconocido para muchos jueces y juezas (Jopia & Labbé, 2018).

¿Cuál es el sentido de incorporarlas expresamente en el nuevo texto constitucional? ¿Es acaso un ejercicio meramente simbólico o redundante?

Por ello, la consagración expresa del enfoque de género e interseccional a nivel constitucional permite consolidar los avances que se han tenido en esta materia en los últimos años, y evitar retrocesos, que siempre son posibles. Basta para ello ver lo que está ocurriendo hoy en día con el derecho al aborto en Estados Unidos, el que ha sido progresivamente erosionado por cambios legislativos y jurisprudenciales a nivel estadual y federal, para darse cuenta que los retrocesos en materia de igualdad de género siempre están a la orden del día (Ziegler, 2021; Ziegler, 2020).

Por otro lado, la paridad, que modifica la composición orgánica del Poder Judicial, si bien puede parecer una innovación mayor, tampoco constituye una ruptura tan radical con la situación existente. Con la feminización masiva de la profesión legal a partir de los años 90, una enorme cantidad de mujeres han llegado al Poder Judicial (Azócar, 2015; Michelson, 2013). Hoy en día, superan a los hombres en

su composición, pues las juezas integran casi el 60% de los tribunales de justicia (Dirección de Estudios de la Corte Suprema, 2019).

Ahora bien, a pesar de que las juezas mujeres son mayoría, la composición del Poder Judicial se ha caracterizado por estructurarse como una pirámide inversa en su representación de género, donde el porcentaje de mujeres disminuye a medida que aumenta la jerarquía del tribunal. Con todo, en los últimos 10 años la proporción de mujeres en los tribunales de más alta jerarquía ha aumentado progresivamente. Tanto es así que mujeres y hombres están casi igualados en la integración de las cortes de apelaciones (47% mujeres vs. 52% de hombres). La brecha significativa solo se mantiene a nivel de la Corte Suprema, en la que las mujeres representan un 35% de las ministras vs. un 65% de hombres (Poder Judicial, Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, 2022).

En los últimos 10 años la proporción de mujeres en los tribunales de más alta jerarquía ha aumentado progresivamente.

En este sentido, la consagración de la paridad a nivel constitucional va a permitir empujar el último cerco de resistencia para la incorporación de las mujeres en plena igualdad en el Poder Judicial, y formalizar dicho principio para evitar retrocesos. Es, por tanto, un cambio importante respecto de la situación existente, pero uno mucho menos radical de lo que podría parecer a primera vista.

1.2. Pluralismo jurídico, plurinacionalidad e interculturalidad

El punto que ha generado mayor nivel de discusión y también de incertidumbre respecto al funcionamiento del nuevo Sistema de Justicia consagrado en el proyecto de Nueva Constitución dice relación con el pluralismo jurídico. Los principales artículos sobre la materia establecen lo siguiente:

“Pluralismo jurídico. El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia. Estos deberán respetar los derechos fundamentales que establece esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte. La ley determinará los mecanismos de coordinación, cooperación y de resolución de conflictos de competencia entre los sistemas jurídicos indígenas y las entidades estatales.” (Art. 2°).

Plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad.

La función jurisdiccional se define en su estructura, integración y procedimientos conforme a los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad. (Art. 15° inc. 1°).

Cuando se trate de personas indígenas, los tribunales y sus funcionarios deberán adoptar una perspectiva intercultural en el tratamiento y resolución de las materias de su competencia, tomando debidamente en consideración las costumbres, tradiciones, protocolos y los sistemas normativos de los pueblos indígenas, conforme a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte (Art. 15° inc. 2°).

En este articulado podemos observar una ruptura mucho más notoria con lo que ha sido la estructura jurídica y judicial nacional en sus 200 años de historia.

En efecto, desde que Chile nace como Estado-Nación se ha empujado el principio de “uni-nacionalidad”, que implica la centralización de la creación de las normas por un Estado definido en torno a una sola nación, la nación chilena (Pinto Vallejos, 2009). Por otro lado, en términos jurídicos, con la entrada en vigencia del Código Civil en 1857 se redujo el espacio de la costumbre como fuente formal del derecho a la casi nulidad (artículo 2° Código Civil, de acuerdo al cual “*La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella*”). Esto tuvo como consecuencia una invisibilización completa de los sistemas normativos de los pueblos indígenas que todavía lograban sobrevivir a pesar de los 300 años de dominación colonial española. Con la conquista del Wallmapu por parte del Estado chileno a partir de la década de 1860 a 1880, se terminó por imponer la dominación del Estado-nación chileno sobre los demás pueblos-naciones en el territorio (Bengoa, 1996; Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas de 2003).

Con la entrada en vigencia del Código Civil en 1857 se redujo el espacio de la costumbre como fuente formal del derecho a la casi nulidad.

Ahora bien, esta imposición nunca fue tan absoluta que lograra obliterar por completo la organización comunitaria de los pueblos originarios y por tanto el potencial normativo y jurisdiccional de los mismos. Es porque lograron sobrevivir en su pluralidad —aunque sin lugar a dudas, profundamente transformados por el proceso de colonización— que hoy en día existe la reivindicación de su reconocimiento. En este sentido, aunque en forma contra-hegemónica, marginal, y de resistencia, el pluralismo jurídico subsistió a lo largo de la historia de Chile.

El mismo Estado chileno, a regañadientes, debió reconocer en múltiples ocasiones dicha pervivencia: por ejemplo, aceptando la autoridad de los representantes de las comunidades indígenas al momento de radicarlos en nuevas tierras, como ocurrió durante el muy cuestionado proceso de “radicación” del pueblo mapuche tras la conquista de sus territorios. En dicho proceso, el Estado también debió incorporar, aunque de forma muy imperfecta, un principio de uso comunitario de la tierra, en el cual se confundió la noción de “comunidad” del Código Civil con las formas de organización colectiva del

pueblo-nación Mapuche (Aylwin, Meza-Lopehandia & Yáñez, 2014). Donde quizás el pluralismo se experimentó de forma más notoria fue en la Isla de Pascua, en la cual el pueblo Rapa Nui logró que fueran reconocidas, aunque siempre de forma muy imperfecta, algunas de sus formas de organización comunitaria como el Consejo de Ancianos, y su primacía sobre la propiedad del territorio de la isla (Rochna-Ramírez, 1996; Decreto Ley 2.885 de 1979; Ley 19.253 de 1993; y Ley 20.193 de 2007).

Por lo demás, el pluralismo jurídico no es ninguna invención de las últimas décadas: es, de hecho, la forma en la que la mayoría de las sociedades humanas se han organizado a lo largo de milenios, esto en gran medida como resultado de sucesivos procesos de expansión imperial y por tanto de experiencia colonial (Benton, 2001). De hecho, Harold Berman, en su ya clásico libro *La formación de la tradición jurídica de occidente*, afirma que uno de los rasgos constitutivos de la tradición jurídica occidental es precisamente el pluralismo jurídico: “*Tal vez la característica más distintiva de la tradición jurídica occidental sea la coexistencia y competencia, dentro de una misma comunidad, de diversas jurisdicciones y diversos sistemas jurídicos. Es esta pluralidad de jurisdicciones y de sistemas legales la que hace que la supremacía del derecho sea, a la vez, necesaria y posible.*” (Berman, 1996: 20).

Los monarcas no tenían un control absoluto sobre sus sujetos, y debían negociar con distintos niveles de poder, en particular con los señores feudales.

En efecto, en la Europa medieval y temprano-moderna en la cual se gestaron los dos principales sistemas de la tradición jurídica occidental —el *ius commune* continental y el *common law* británico—, el pluralismo jurídico era el reflejo de la existencia de poderes políticos superpuestos y la inexistencia de un estado centralizado que pudiera monopolizar toda la creación del derecho. Los monarcas no tenían un control absoluto sobre sus sujetos, y debían negociar con distintos niveles de poder, en particular con los señores feudales (derecho feudal o señorial), con las ciudades autónomas (derecho foral), con la Iglesia que poseía su propio cuerpo de derecho (el derecho canónico), y con los gremios de comerciantes que comenzaron a desarrollar sus propias reglas las que cruzaban las fronteras de los reinos (el derecho mercantil). El pluralismo jurídico también era un reflejo de la existencia de una sociedad estamental donde distintos grupos de persona se regían por distintos cuerpos de derecho: la nobleza, el clero, los pobres, o los siervos, cada uno tenía su propio derecho y, por tanto, sus propios “privilegios” o leyes privadas (Grossi, 2010; Herzog, 2019).

Es decir, el pluralismo jurídico traducía un derecho mucho menos centralizado, un potencial de resistencia de comunidades locales y de fuentes alternativas de poder político frente al deseo centralizador de las monarquías. Pero al mismo tiempo, era un mecanismo que permitía la reproducción de las desigualdades políticas y sociales.

En el continente americano, el pluralismo jurídico fue consecuencia directa del proceso de expansión imperial europea (Benton, 2001). De entre las distintas potencias colonizadoras que arribaron a las tierras que adquirirían el nombre de “América”, puede decirse que la Corona española fue la más ambiciosa: buscó imponer en sus colonias un derecho lo más unificado posible, y estructuras políticas con altos niveles de centralización (Elliott, 2006). Sin embargo, en la práctica, este proyecto nunca fue totalmente realizado, y no excluía —y, de hecho, fomentaba— la existencia de pluralismo jurídico (Cutter, 1995).

Por un lado, las autoridades locales de los distintos territorios del imperio tenían amplias facultades y poder discrecional para la creación y aplicación de las normas (Phelan, 1960). Por otro lado, frente a la necesidad de controlar y explotar a la población originaria, la Corona optó por reconocer cierto nivel de autonomía normativa a las comunidades indígenas a cambio de su tributo y lealtad a la corona, reconociéndose la costumbre indígena como fuente de derecho, aunque de forma supletoria o subordinada al derecho español (Owensby, 2008). Esto fue erosionando progresivamente la autonomía de estas comunidades, las que se veían forzadas a recurrir al derecho del colonizador. A esto se sumaba que el mismo derecho español reconocía un estatuto jurídico diferenciado y subordinado para los llamados “indios” (Borah, 1983; Owensby, 2008; Stern, 1982).

Las autoridades locales de los distintos territorios del imperio tenían amplias facultades y poder discrecional para la creación y aplicación de las normas.

Así, de la misma forma que en Europa medieval, en el continente americano el pluralismo jurídico jugó un rol doble: por un lado, resguardaba ciertos niveles de autonomías locales; por otro lado, consolidaba las desigualdades sociales entre conquistadores y conquistados.

Con la independencia y la configuración del Estado-Nación chileno se buscó poner fin a dichas diferencias de estatus mediante el principio de igualdad ante la ley. Si bien en teoría este principio debía poner fin a la sociedad estamental y a la situación subordinada de los “indios” respecto de los demás ciudadanos, su consagración también eliminó los espacios de autonomía que el pluralismo jurídico permitía, en particular para los pueblos indígenas. Y, por lo demás, la promesa de la igualdad tampoco podía ser cumplida dadas las desigualdades estructurales resultantes del proceso de colonización (Aylwin, Meza-Lopehandia & Yáñez, 2014).

Esta síntesis apretada —y, por tanto, muy gruesa e imperfecta— de las condiciones en las que se desarrolló el pluralismo jurídico en el derecho occidental y en nuestro país nos muestra de forma clara que dicho fenómeno dista mucho de ser una novedad.

Lo que sí constituye una ruptura con nuestra tradición jurídica es el intento de establecer el pluralismo jurídico de manera que no sea un mecanismo para reproducir desigualdades y la subordinación de un pueblo al otro, sino al contrario, como un dispositivo que otorga un reconocimiento a los sistemas jurídicos indígenas, los cuales deben “coexistir en un plano de igualdad” con el sistema jurídico nacional.

La consagración del pluralismo jurídico en la nueva constitución puede por tanto leerse a la vez como un quiebre radical, pero también como una forma de reanudar con un pasado lejano en el cual el pluralismo jurídico era tan evidente como el aire que se respiraba.

Ahora bien, es necesario aclarar tres puntos respecto de este vínculo histórico. El primero es que en ningún caso se trata de justificar o legitimar el pluralismo jurídico de la nueva constitución en base a la supuesta “bondad” de un modelo pasado. Es innegable que el pluralismo jurídico del periodo colonial o medieval promovieron sociedades estamentales profundamente desiguales que en ningún caso se trata de revivir en la actualidad. El propósito de recordar la larga historia de las sociedades occidentales con el pluralismo jurídico es comprender que, lo queramos o no, este es un legado inextricable de la sociedades post-coloniales. La tarea que nos cabe actualmente es la de imaginar un pluralismo jurídico que pueda diferenciarse y en cierta medida superar aquel del pasado colonial.

La consagración del pluralismo jurídico en la nueva constitución puede por tanto leerse a la vez como un quiebre radical, pero también como una forma de reanudar con un pasado lejano en el cual el pluralismo jurídico era tan evidente como el aire que se respiraba.

En segundo lugar, el potencial que posee el pluralismo jurídico de reconocer la vigencia de costumbres y normas de las comunidades indígenas no debe entenderse con un lente de anticuario. La reivindicación identitaria de los pueblos indígenas no debe ser confundida con la idea que estos pueblos merecen reconocimiento *solo* en la medida en que son “auténticos” descendientes o “impolutos” repositorios de tradiciones antiguas y previas a la invasión colonial. Es innegable que los pueblos indígenas hoy en día son tanto el producto de sus tradiciones originarias como del proceso mismo de colonización. Es probable que a un mapuche del siglo XV le costaría identificarse con un mapuche del siglo XXI, lo mismo que un chileno del siglo XXI difícilmente se sentiría identificado con un conquistador español del siglo XVI. Tanto mapuches (o aymaras, o rapa nui) como chilenos son el resultado del proceso de colonización. No existen “indígenas puros”. Pero no es la “pureza” la que debe entenderse como base de su demanda por reconocimiento. Es su existencia como pueblos que han ido cambiando, y que se han visto subordinados y transformados por los procesos de colonización y modernización que ameritan su reconocimiento, representación, y ciertos niveles de autonomía política y jurídica. Las normas de dichas comunidades que van a ser reconocidas por el Estado no son necesariamente las costumbres

previas al proceso de conquista: más bien, son aquellas que estos pueblos decidan otorgarse hoy en día, en base a sus propios procesos de decisión y deliberación. Esto incluye el legado de tradiciones ancestrales, pero no se agota en ellas.

En tercer lugar, es importante destacar que el pluralismo jurídico no es propio de sociedades “antiguas” o “tradicionales”, y ni siquiera de sociedades post-coloniales (aunque sea cuestionable que alguna sociedad moderna pueda encontrarse exenta de las relaciones de colonialidad (Mignolo, 2005)). De hecho, podría decirse que sociedades que —para bien y para mal— se entienden como las “más modernas” o “más avanzadas”, son aquellas que han logrado estructurar formas de organización política basadas en el pluralismo jurídico. Un buen ejemplo de ello son los Estados Unidos de América: su sistema federal y los importantes niveles de autonomía normativa de los estados crean múltiples espacios de coexistencia de normas distintas dentro de una misma nación. Esto ciertamente causa tensiones y conflictos. Pero son tensiones y conflictos con los que han aprendido a vivir. Esto no quiere decir que el modelo político y jurídico de Estados Unidos sea un ejemplo de virtud ni que debamos seguirlo. Este caso, entre muchos otros, solo busca destacar que el pluralismo jurídico, que ciertos sectores han buscado caricaturizar como una catástrofe sin precedentes, es una forma de organización política y jurídica comúnmente practicada por todo tipo de sociedades (Merry, 1988).

Se trata de asumir que hemos vivido, en nuestros doscientos años de historia republicana, en una sociedad marcada por los conflictos y las diferencias.

¿Quiere decir esto que se trate de un sistema de fácil implementación o desprovisto de dificultades jurídicas, políticas, económicas, morales o culturales? En ningún caso. Más bien, se trata de asumir que hemos vivido, en nuestros doscientos años de historia republicana, en una sociedad marcada por los conflictos y las diferencias. Sin embargo, hasta el momento, un grupo dominante era capaz de imponer a otro una solución “unitaria”. Ahora, en cambio, nos encontramos ad portas de consagrar un sistema que no va a hacer desaparecer dichos conflictos, pero que, en lugar de ocultarlos o eliminarlos mediante la imposición unilateral, busca procesarlos y coexistir con ellos.

Este es entonces el gran desafío de los tribunales chilenos si estas normas de la nueva constitución llegan a aprobarse: entenderse como un espacio o arena donde estos conflictos deben poder resolverse mediante normas e interpretación judicial, y no mediante la fuerza. El reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico no debe por tanto leerse como una negación o disminución de la autoridad de la judicatura. Muy por el contrario, es la oportunidad para los tribunales de enfrentar las tensiones y conflictos más relevantes de nuestra sociedad en un proceso que puede ser complejo, pero también, profundamente reparador. Espero que nuestros jueces y juezas puedan leerlo de esta forma, y asumir con orgullo, valentía y humildad esta tarea trascendental.

Bibliografía

- Aylwin, J., Meza-Lopehandia, M., & Yáñez, N.** (2014). *Los pueblos indígenas y el derecho*. LOM Ediciones.
- Azócar, M. J.** (2015). Expertos en derecho: Profesión legal, género y reformas judiciales en Chile. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 28(2), 9-29.
- Bengoa, J.** (1996). *Historia del Pueblo Mapuche: Siglos XIX y XX*. SUR.
- Benton, L. A.** (2001). *Law and colonial cultures: Legal regimes in world history, 1400-1900*. Cambridge University Press.
- Berman, H. J.** (1996). *La formación de la tradición jurídica de occidente*. Fondo de Cultura Económica.
- Borah, W. W.** (1983). *Justice by insurance the General Indian Court of Colonial Mexico and the legal aides of the half-real*. University of California Press.
- Crenshaw, K.** (2017). *On Intersectionality: Essential Writings*. The New Press.
- Cutter, C. R.** (1995). *The legal culture of northern New Spain, 1700-1810*. University of New Mexico Press.
- Dirección de Estudios de la Corte Suprema** (2019). *Historia de las mujeres en el Poder Judicial*. <http://decs.pjud.cl/historia-de-las-mujeres-en-el-poder-judicial/> [consulta: 25 abril 2022].
- Elliott, J. H.** (2006). *Imperios del mundo atlántico: España y Gran Bretaña en América, 1492-1830*. Taurus.
- Gálvez Comandini, A., Hiner, H., Toro, M. S., López, A., Cerda, K., & Alfaro, K.** (2021). *Históricas: Movimientos feministas y de mujeres en Chile, 1850-2020*. LOM Ediciones.
- Gaviola, E., Jiles, X., Lopresti, L., & Rojas, C.** (1986). *Queremos votar en las próximas elecciones: Historia del movimiento femenino chileno 1913-1952*. Centro de Análisis y Difusión de la Condición de la Mujer.
- Grossi, P.** (2010). *A History of European Law*. John Wiley & Sons.
- Herzog, T.** (2019). *Una breve historia del derecho europeo*. Alianza Editorial.
- Hutchison, E. Q.** (2014). *Labores propias de su sexo: Género, políticas y trabajo en Chile urbano, 1900-1930* (2a. edición). LOM Ediciones.
- Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas de 2003*. Editado por el Comisionado Presidencial de Asuntos Indígenas, octubre de 2008.
- Jopia Z., V., & Labbé C., N.** (2018). Discriminaciones múltiples y la recepción en el derecho interno: El caso de Lorenza Cayuhán. Comentario a la sentencia rol N° 092795-2016 de la Corte Suprema. *Estudios Constitucionales*, 16(1), 437-452.
- Lavrin, A.** (2005). *Mujeres, feminismo y cambio social en Argentina, Chile y Uruguay 1890-1940*. DIBAM - Centro de Investigaciones Diego Barros Arana.

- Merry, S. E.** (1988). Legal Pluralism. *Law & Society Review*, 22(5), 869-896.
- Michelson, Ethan** (2013). "Women in the Legal Profession, 1970-2010: A Study of the Global Supply of Lawyers", *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 20: Iss. 2, Article 18.
- Mignolo, W.** (2005). *The idea of Latin America*. Blackwell.
- Muñoz, F.** (2014). Morning-After Decisions: Legal Mobilization Against Emergency Contraception in Chile. *Michigan Journal of Gender & Law*, 21(1), 123-176.
- Novoa Monreal, Eduardo.** (1964). La crisis del sistema legal chileno. *Mensaje*, 134, 559-566.
- Owensby, B. P.** (2008). *Empire of law and Indian justice in colonial Mexico*. Stanford University Press.
- Phelan, J. L.** (1960). Authority and Flexibility in the Spanish Imperial Bureaucracy. *Administrative Science Quarterly*, 5(1), 47-65.
- Pinto Vallejos, J.** (2009). *¿Chilenos todos?: La construcción social de la nación (1810-1840)*. LOM Ediciones.
- Poder Judicial, Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación** (2022). *Mujeres y hombres en números en el Poder Judicial*, en: <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/mujeres-y-hombres-en-numeros-en-el-poder-judicial> [consulta: 25 abril 2022].
- Rochna-Ramírez, S.** (1996). *La Propiedad de la Tierra en Isla de Pascua*. CONADI-AGCI.
- Roseblatt, K.** (2000). *Gendered compromises: Political cultures & the state in Chile, 1920-1950*. University of North Carolina Press.
- Stern, S. J.** (1982). *Los pueblos indígenas del Perú y el desafío de la conquista española Huamanga hasta 1640*. Alianza Editorial.
- Zerán, F.** (2019). *Mayo feminista. La rebelión contra el patriarcado*. LOM.
- Ziegler, Mary.** (2021). The End of Roe. *The Atlantic Magazine*, at: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2021/12/abortion-abortion-oral-argument-supreme-court/620874/> [consulta: 25 abril 2022].
- Ziegler, M.** (2020). *Abortion and the Law in America: Roe v. Wade to the Present*. Cambridge University Press.

2.

PRESENTACIÓN DE MARÍA EUGENIA SANDOVAL

Muchas gracias. Buenas tardes a todas y a todos. Mis agradecimientos también al Centro de Estudios Públicos por esta extraordinaria invitación a razonar, a pensar y a poder discutir con altura de miras estos temas.

Yo les tengo que confesar que me siento obligada por mi experiencia jurisdiccional, por lo que se denomina el principio de inexcusabilidad, a enfocarme en el título de este seminario *¿Cómo deberán fallar los tribunales bajo la nueva Constitución?* Algunos puntos ya los tocó la profesora González, pero yo voy a hacer una relación de ellos para repasar esto del *¿Cómo fallarán los tribunales...?*

El primero contenido en el artículo 7° del Capítulo relativo a Sistemas de Justicia es el principio de inexcusabilidad. Es claro el texto:

“Artículo 7.— Reclamada su intervención en la forma legal y sobre materias de su competencia, los tribunales no podrán excusarse de ejercer su función en un tiempo razonable ni aún a falta de norma jurídica expresa que resuelva el asunto sometido a su decisión”.

Esta norma es muy parecida a la contenida hoy en el artículo 73 de la Constitución vigente, aunque con una diferencia. ¿Cuál es? Que deben ejercer su función en un tiempo “razonable”.

El tema entonces es resolver la razonabilidad de este tiempo para poder fallar por parte de los jueces y de las juezas. Si de la sentencia definitiva se trata, existen en los diversos cuerpos legales una tremenda variedad en cuanto a los plazos, no solo considerando las materias sino respecto a muchos aspectos de cada uno de los procedimientos. ¿Será la urgencia de la solución de la controversia lo que determinará la razonabilidad del tiempo? Yo me atrevería a sostener que todas las controversias, todos los juicios, para quienes intervienen en ellos son urgentes. Entonces habrá que ver cuál es la transcendencia en el sentido de determinar el plazo razonable para que el tribunal con su sentencia pueda dar protección a los derechos que se invocan por quienes litigan. Y, además, deberá tomarse en consideración, según la naturaleza de los tribunales, cuál es su carga de trabajo, cuántas causas lleva y resuelve.

El tema entonces es resolver la razonabilidad de este tiempo para poder fallar por parte de los jueces y de las juezas.

Sólo quiero expresar a título ejemplar que la Corte Suprema en todas sus salas, en un promedio sacado de las sentencias que ha dictado los últimos ocho meses, se fallan 100 causas diarias como promedio, excluidos, naturalmente, los denominados recursos de protección masivos. Me parece que ésta es una cuestión muy importante a resolver con toda claridad, porque los jueces y juezas pueden incurrir en responsabilidades derivadas de un eventual incumplimiento de estos plazos.

El segundo principio que quiero invocar es el de juridicidad, contenido en el artículo 15 del Capítulo de los Principios Constitucionales. En él se consagran tanto el principio de la supremacía constitucional como el de juridicidad. Además, en los artículos aprobados en todo lo relativo a sistemas de justicia, el primero define también la función jurisdiccional y que la jurisdicción para conocer y juzgar conflictos de relevancia jurídica por medio de un debido proceso, debe ejercerse en conformidad a la Constitución, a las leyes, así como a los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte.



[Esta reflexión, en el sentido de que los jueces son independientes entre sí, obliga a hacer un punto sobre la aplicación del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales relativo al recurso de queja.](#)

Hay otro principio, el tercero, que vamos a nombrar como de independencia. Está establecido en el artículo 3° del capítulo de Sistemas de Justicia y señala que entre sí y respecto de todo otro poder, el juez es independiente. Y agrega en este mismo sentido: “En sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley (...)”.

Esta reflexión, en el sentido de que los jueces son independientes entre sí, obliga a hacer un punto sobre la aplicación del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales relativo al recurso de queja. Este recurso, como es sabido, tiende a corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones jurisdiccionales. Se refiere a las sentencias definitivas o las interlocutorias que pongan fin al juicio, hagan imposible su continuación y que respecto de las cuales no se pueda interponer algún recurso. Cuando el tribunal superior, haciendo uso de estas facultades que la ley le otorga, invalida la resolución que se recurre, debe aplicar medidas disciplinarias que estime pertinentes. Pero la ley le pone un piso. No puede ser inferior a una sanción de amonestación privada. Y todo esto sin perjuicio de que le otorga la facultad para proceder de oficio.

Ustedes saben también que el Consejo de la Justicia tiene como finalidad fortalecer la independencia judicial y entre sus facultades tiene la potestad disciplinaria. Desde ya, y sólo por esta consideración resulta inaplicable el citado artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales. Luego, y como se establece en el artículo sobre la independencia judicial, cada juez es independiente de los demás, motivo

por el cual otro tribunal que conoce de sus resoluciones jurisdiccionales no podría imponerle por el tenor de ellas sanciones disciplinarias, materia ésta que es del todo diferente a la resolución de los recursos procesales propiamente jurisdiccionales como el de casación o el de nulidad, que no conllevan la aplicación de sanciones disciplinarias.

No pretendo abrumarlos con cifras, pero creo que es interesante hacerse cargo de la importancia que tiene este recurso dentro del sistema recursivo actualmente establecido. En materias que conoce la segunda sala penal de la Corte Suprema, entre los años 2005 y el 23 de marzo recién pasado, esta sala resolvió alrededor de 2.700 recursos de queja respecto del procedimiento penal reformado y resolvió 6.000 nulidades, esto en cifras aproximadas para no cansarlos. Entonces, este recurso sí es muy importante en materia penal. Sobra decir que en materia de policía local, que también conoce la segunda sala, en ese mismo período se han resuelto 2.700 recursos de queja y en materia civil —por varias cuestiones, pero una de las principales es que hay una enormidad de procedimientos contenciosos administrativos, todos distintos en su tramitación—, muchos de ellos no contienen recurso para que se revisen las decisiones del tribunal que primeramente ha conocido de las reclamaciones o de las acciones. Es así como hay 4.300 recursos de queja en materia civil.

La Nueva Constitución establece la creación de tribunales administrativos, la simplificación de los procedimientos por la vía de aunarlos, cuestión que es de celebrar. Pero a mí no me cuesta imaginar que va a haber un desfase entre la entrada en vigencia de esta norma de independencia jurisdiccional, por una parte, y el nuevo régimen de tribunales contenciosos administrativos y el cambio de procedimiento, por la otra. Y esto tendría que evaluarse con cuidado porque es importante preservar el derecho al recurso que tienen los litigantes en los distintos procedimientos.

Hay un punto al que me quiero referir y al que también se refirió de alguna manera la profesora González. Existe una norma que dice que las sentencias deberán ser fundadas, cuestión que hasta ahora se aplica por disposiciones del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y del artículo 342 del Procesal Penal. O sea, es una norma y hay recursos para poder corregir su incumplimiento, como cuando hay omisiones de fundamentación en los fallos. Se trata de la casación en la forma y la nulidad. La jurisprudencia ha considerado que la falta de fundamento de la sentencia vulnera el debido proceso. Pero la norma propuesta por la Convención Constitucional agrega que las sentencias deben ser redactadas en un lenguaje claro e inclusivo. Desde el año 2015 la Corte Suprema tiene una comisión que se denomina de Lenguaje Claro, que es una instancia de reflexión sobre el rol que esto juega en el acceso a la justicia del ciudadano. Pero la omisión en las sentencias de estos requisitos de lenguaje claro e inclusivo hace necesario preguntarse si su omisión se traducirá en sanciones que estén contempladas en la ley, en sanciones de tipo procesal, naturalmente. ¿Pero cómo se va a controlar y medir esto?

Paso ahora a la segunda parte del enfoque sobre cómo deben fallar los jueces y qué pasa si las normas de los artículos 1° inciso 3° y 14 inciso 3° del capítulo de Sistemas de Justicia vulnera alguno de los principios antes enunciados.

La primera de las normas contenidas en el artículo 1° ya citado, define la función jurisdiccional en su inciso 3° y establece que al ejercerla se debe velar por la tutela y promoción de los derechos humanos y de la Naturaleza, del sistema democrático y del principio de juridicidad.

Respecto de la obligación de velar por la tutela y promoción de los derechos humanos y del principio de juridicidad, los jueces y juezas no deben velar por esto, sino que los tienen que aplicar de acuerdo con la Constitución.

El principio de juridicidad que ya vimos comprende tanto el fallar de acuerdo con la Constitución, la Ley y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de lo que Chile es parte; que es la misma obligación que le impone este artículo 1° en su primer inciso. En otras palabras, hay dos disposiciones constitucionales que obligan a que jueces y juezas resuelvan en conformidad a lo expuesto. Se trata, entonces, de una reiteración que es innecesaria y, por lo mismo, poco conveniente para quienes ejercen la jurisdicción.

Pero la omisión en las sentencias de estos requisitos de lenguaje claro e inclusivo hace necesario preguntarse si su omisión se traducirá en sanciones que estén contempladas en la ley, en sanciones de tipo procesal, naturalmente. ¿Pero cómo se va a controlar y medir esto?

Si ustedes se fijan en la disposición, el verbo rector es velar y éste ha sido definido por el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* como cuidar solícitamente de algo, y el juez, la jueza, más que cuidar solícitamente de algo, lo que debe hacer necesariamente es, repito, incorporar las normas pertinentes de la Constitución, de la ley y de los tratados de derechos humanos en la decisión de la controversia.

A la misma obligación de velar se hace alusión respecto de la Naturaleza. Aquí también es aplicable la conclusión ya dicha, pero que, no obstante, la he separado del análisis con el objeto de plantear algunas interrogantes. El viernes 25 de marzo recién pasado se aprobó por el Pleno que la Naturaleza tiene derechos: tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad. Añade que el Estado debe garantizar y promover los derechos de la Naturaleza según lo determine la Constitución y las leyes.

Por las interrogantes que se suscitan como consecuencia de la inclusión de estos derechos en el texto constitucional, es dable presumir que se deberán dictar las normas legales pertinentes para hacerlos efectivos. Por ejemplo, un tema es la representación. Si se adopta el modelo de la Constitución ecua-

toriana, que contiene una norma similar a la citada, podría comparecer por la Naturaleza cualquier persona y, en su caso, la Defensoría de la Naturaleza, si se aprueba su creación.

Otras cuestiones a dilucidar tienen que ver con la acción. Por ejemplo, si es o no popular, cuál es su procedimiento, cuál el tribunal competente y si la Naturaleza puede hacerse parte o intervenir como tercero en las reclamaciones o demandas que sean de competencia de los tribunales ambientales.

Por último, y siguiendo con el deber de velar, se establece que los tribunales también deben velar por la tutela y la promoción del sistema democrático. Hay materias muy relevantes sobre este punto que no han sido todavía resueltas, así que me excusarán por no emitir opinión.

Respecto de la dictación de sentencia, yo creo que el principio de paridad no hay que traerlo a colación, pero sí el de perspectiva de género y, también, el que impone a los órganos y personas que intervienen en esta función jurisdiccional, garantizar la igualdad sustantiva.

La segunda interrogante que se ha planteado dice relación con la forma en que deberán fallar los jueces. Tiene que ver con lo establecido en el artículo 14 inciso 3° del Capítulo de Sistemas de Justicia. Para responderla hay que analizar el primer inciso de esta norma y el artículo 6° en que se contienen los Principios Constitucionales. Ustedes podrán observar que, como bien dijo la profesora González, la función jurisdiccional se regirá por los principios de paridad y perspectiva de género. Respecto de la dictación de sentencia, yo creo que el principio de paridad no hay que traerlo a colación, pero sí el de perspectiva de género y, también, el que impone a los órganos y personas que intervienen en esta función jurisdiccional, garantizar la igualdad sustantiva. La igualdad sustantiva ha sido establecida en el artículo 6° del Capítulo relativo a Principios Constitucionales, norma que la conceptualiza como igualdad de trato y oportunidades para el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales, con pleno respeto a la diversidad.

El tema que ha suscitado opiniones y debate es el relativo al inciso 3° de esta norma, la cual dispone que cualquiera sea la competencia de los tribunales, deben resolver con enfoque de género.

Para contextualizar, hay que tener presente la incorporación al borrador de la Constitución la disposición que establece que el Sistema Nacional de Justicia estará integrado por la justicia vecinal, los tribunales de instancia, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. Y define los tribunales de instancia, los civiles, los penales, los de ejecución de pena —que se proyecta crear—, los de familia, los laborales,

los administrativos, los ambientales, los de competencia común o mixta, los vecinales y los demás que establezca la ley.

Cabe preguntarse, para luego responder la consulta, si, por ejemplo, en un juicio de arrendamiento, en otros juicios civiles como fijación de deslindes, constitución de servidumbre, en los de colusión, en controversias sobre daño ambiental, en impugnación de licitaciones públicas, en juicios de cobros de impuesto, en lo contencioso referido a la actividad inmobiliaria y en otros tantos que se podrían mencionar; los tribunales deben resolver con enfoque de género.

Desde la perspectiva de la imposición que se hace a los tribunales de resolver con enfoque de género, en mi concepto ello contraría el principio de independencia judicial establecido en el artículo 3° al que también me referí. Dice este principio que quienes ejercen jurisdicción deben actuar y resolver en forma imparcial.

¿Es necesaria esta norma para que juezas y jueces apliquen el enfoque de género y garanticen, como dice la norma, la igualdad sustantiva? Yo pienso que no, porque por aplicación del principio de juridicidad deben aplicarlo cuando, de acuerdo con los hechos de la causa, ello sea procedente.

Y aquí se presenta un aspecto de particular importancia y que ya ha sido destacado por la academia, que es la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. De común aplicación a los procedimientos reformados y en los juicios civiles, una prueba que se rinde usualmente como informe de peritos se aprecia de acuerdo con estas reglas.

Para valorar la prueba y establecer los hechos en base a los cuales aplicar el derecho bajo este sistema de la sana crítica, los tribunales deben considerar las reglas de la lógica, el principio de identidad, del tercero excluido, la razón suficiente, el de contradicción, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de experiencia; lo cual implica que en la sentencia no sólo se deben indicar las normas de derecho que informan la resolución, sino, además, las razones por medio de las cuales se llega a la conclusión en el fallo.

De este modo, la motivación que la ley impone en la apreciación de la prueba conforme a estas reglas supone que el sentenciador o sentenciadora debe explicar las razones por las que consideró o dejó de considerar el principio de perspectiva de género contemplado en la Constitución y no aplicó el principio de igualdad sustantiva.

La preocupación en este aspecto recae en la fase de interpretación y aplicación de las normas legales al valorar la prueba, por cuanto pueden manifestarse sesgos, prejuicios y estereotipos de género que llevarán a no aplicar el principio de igualdad sustantiva, cuando sin estos hubiera sido procedente hacerlo.

A este respecto quiero hacer un punto en relación con la labor de la Academia Judicial. La profesora González tuvo la amabilidad de referirse a la Secretaría de Género de la Corte Suprema y a cómo, en base al principio de igualdad y al principio de no arbitrariedad y, con una política muy destacable y sustentable a través del tiempo, ha producido un cambio en la apreciación que sobre estas materias se

hacía tradicionalmente. Yo concuerdo con lo que ella afirma, en el sentido de que ya se venían aplicando en base a la igualdad estos principios de no discriminación, de prohibición de un trato desigual, contrarios a este enfoque de género.

En esto ha tenido una labor muy relevante la Academia Judicial. Entidad que, como ustedes saben, de acuerdo con su ley, la N° 19.346, goza de autonomía y respecto de la cual la Corte Suprema ejerce la supervigilancia. Dicha institución, como resultado del trabajo hecho en coordinación con esta Secretaría de Género, ha estructurado los cursos que realiza, de formación, de perfeccionamiento, de habilitación y diversos programas de extensión, con el objeto de proporcionar a los jueces y juezas las herramientas que les permitan identificar estos sesgos, prejuicios y estereotipos.

Yo concuerdo con lo que ella afirma, en el sentido de que ya se venían aplicando en base a la igualdad estos principios de no discriminación, de prohibición de un trato desigual, contrarios a este enfoque de género.

Y se propone implementar en este año el concepto de transversalización de la perspectiva de género en todos los cursos de programas de perfeccionamiento, identificando los temas que brinden oportunidad para incorporar esta perspectiva. Esto será relevante, a su vez, para la concreción de la norma constitucional en orden a establecer las materias en las cuales se deben aplicar las ya referidas herramientas de identificación y que permitirán responder la pregunta que yo hice hace un momento: ¿Corresponde aplicarla en todos los juicios?

La cuestión a resolver dependerá de las materias, para poder determinar los juicios a los que se puede aplicar esta perspectiva o enfoque. Y se deberán tomar tempranamente las iniciativas para alertar a jueces y juezas a fin de que se despojen de esos prejuicios, de esos estereotipos o de esos sesgos para poder fallar adecuadamente la materia.

Muchísimas gracias por la atención.



CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión del CEP.

Director: Leonidas Montes L.

Editor: Lucas Sierra I.

Diagramación: Pedro Sepúlveda V.

[VER EDICIONES ANTERIORES](#)

