

La justificación de la igualdad de género en la magistratura: por qué la diferencia no funciona*

Kate Malleson*

Actualmente, está tan ampliamente aceptado que el objetivo de la igualdad de género en el sector público en general, y en el poder judicial en particular, es un bien invaluable, que preguntarse por qué esto es necesario parece redundante, si no perverso. Sin embargo, la pregunta es importante por tres razones. En primer lugar, porque el discurso de la igualdad debe ser teóricamente sólido y estar empíricamente fundado, si de lo que se trata es de proveer la base de una estrategia exitosa para el cambio. Esto es especialmente así, cuando el cambio sólo puede ser alcanzado a través de la reforma pro-activa. En segundo lugar, la respuesta determina qué clase de acciones pueden ser legítimamente realizadas para alcanzar el objetivo de la igualdad de género. Si, por ejemplo, sería aceptable nombrar a una mujer menos calificada, en vez de un varón más calificado. En tercer lugar, determina qué nivel de participación femenina es necesaria; si lo que se requiere es representación proporcional o si se necesita menor (o hasta mayor) participación.

A la fecha, son dos los discursos que se han postulado, en torno a la justificación de la igualdad en el poder judicial. El primero consiste en que, cambiando el equilibrio de género en la magistratura, mejorará la calidad de la justicia que se imparta, porque las mujeres aportan algo diferente a la administración de justicia. El segundo consiste en que el principio de equidad requiere que las mujeres tengan la misma oportunidad de participar en las instituciones públicas de toma de decisiones, y que su ausencia socava la legitimidad democrática de esos cuerpos.

Hasta ahora, los argumentos basados en la diferencia han dominado el debate, mientras que los argumentos de la igualdad y la legitimidad han jugado un rol complementario muy limitado. Este ensayo pretende revertir ese equilibrio. Resalta la debilidad teórica y empírica del feminismo de la diferencia en la toma de decisiones judiciales y sostiene que debe ser utilizado con mucha precaución como discurso para la igualdad de género en la magistratura. Algunos de los problemas que genera son comunes para la teoría de género y la práctica en general, pero otros surgen como resultado de las condiciones institucionales propias del poder judicial. Por el contrario, los argumentos basados en la equidad y la legitimidad, aunque en la superficie parecen menos atractivos, proveen un discurso más teórica, empírica y estratégicamente sólido acerca de la igualdad de género.

* Originalmente publicado como "Justifying gender equality on the bench: why difference won't do", *Feminist Legal Studies* 11: 1-24 2003 (2003 Kluwer Academic Publishers). Publicado bajo el generoso permiso de la autora y de *Springer Science and Business Media*. Derechos reservados. Traducido por María Luisa Piqué.

* Profesora de derecho, School of Law, Queen Mary University of London.

La diferencia en la tarea de juzgar

Por ahora, las críticas hacia la escasa participación, numérica y funcional, de las mujeres, en los poderes judiciales del mundo, reposan en la asunción de que su ausencia: “limita la calidad y visión de las decisiones [judiciales]” (McRae, 1996, p. 9). Se sostiene que una mayor inclusión de las mujeres, aportará “una nueva dimensión de justicia” (Goldman, 1979, p. 494). Esto es así, porque las mujeres traerán “... diferentes experiencias que influirán en sus sentencias” (McGlynn, 1998, p.187). El efecto de esto es abrirle un espacio a la perspectiva femenina: “con cautela... podemos aseverar que el nombramiento de más mujeres en la magistratura aumentaría la posibilidad de que una cierta perspectiva (la simbólicamente femenina) sea aplicada” (Grant y Smith, 1991, p. 73). Los mismos jueces han empezado a sostener este argumento. La Corte Suprema de Canadá, por ejemplo, ha afirmado que:

La creencia profunda que subyacía al impulso en pos de una mayor diversidad en los nombramientos judiciales, era que las mujeres y otras minorías visibles aportarían una importante perspectiva a la difícil tarea de juzgar.¹

Estos argumentos asumen que no es la presencia de las mujeres *per se* lo que se necesita en la magistratura, sino aquello que las mujeres harán una vez que lleguen ahí. Estas diferencias basadas en el género, radican en diferencias biológicas (más específicamente, en el embarazo, el parto y el amamantamiento) y en diferencias sociales (como la mayor responsabilidad doméstica y el rol de cuidado que ejercen las mujeres y su mayor exposición a la experiencia de la discriminación). Las experiencias de las mujeres en estas áreas, se sostiene, les permite entender desde un punto de vista subjetivo ciertos asuntos en las vidas de las mujeres, tales como la decisión de practicarse, o no, un aborto:

Probablemente sea imposible para un varón solucionar, aun en su imaginación, semejante dilema, no sólo porque esté fuera de su ámbito de experiencia personal (aunque este es, por supuesto, el caso) sino porque sólo se puede relacionar con el tema objetivándolo, y, por lo tanto, eliminando los elementos subjetivos de la psique femenina que están en el núcleo del dilema. (Jueza Bertha Wilson, Corte Suprema de Canadá).²

Pareciera que muchas juezas comparten esta visión. Una encuesta realizada en los Estados Unidos en 1993, demostró que un 74 por ciento de las juezas estaban de acuerdo con la afirmación de que “las mujeres tienen ciertas perspectivas únicas y experiencias de vida, diferentes de las de los varones, que deben ser representadas en la magistratura por las juezas”.³ Además, más mujeres que varones parecieran creer que el género es un factor en la toma de decisiones. Un estudio reciente en el poder judicial de Nueva Zelanda,

1. *R. v. S (R.D.) (1997) 118 CCC (3d) para 119*. Esta forma de pensar ha sido recientemente adoptada por la Corte Constitucional de Sudáfrica, *President of the Republic of South Africa v. South African Rugby Union 1999 (4) S.A. 147 para 42*.

2. *R. v. Morgentaler, Smoling & Scott [1988] 1 S.C.R. 170*.

3. 85% de los miembros de la Asociación Nacional de Juezas (National Association of Women Judges) y 63% de los jueces que no lo eran, estaban de acuerdo con la afirmación (Martin, 1993, p. 169).

demonstró que el 70 por ciento de las juezas, comparado al 39 por ciento de los jueces varones, estaba de acuerdo con la afirmación: “los jueces juzgan en función de lo que piensan que es correcto y apropiado, y eso, necesariamente, involucra una serie de valores y estándares que están influidos por el género” (Barwick, 2000, p. 32).

Algunos jueces varones han sostenido públicamente que las mujeres aportan diferentes valores a la magistratura. En Nueva Zelanda, en 1993, el entonces Presidente de la Cámara de Apelaciones, Robin Cooke hizo el siguiente comentario acerca de la composición del tribunal:

Los seis jueces de los dos tribunales que hemos intervenido en este caso son todos varones, la mayoría arriba de los 50 años de edad. Este es el tipo de caso que sugiere que el punto de vista femenino sería necesario, en al menos una de las vocalías, a fin de entender el reclamo, la personalidad y la situación de la mujer litigante, y de impartir justicia entre un varón y una mujer.⁴

Estos argumentos basados en la diferencia, se inspiran, directa o indirectamente, en las ideas en torno a la “ética del cuidado” inconfundiblemente femenina, originariamente pensada por Carol Gilligan (1982).⁵ Se ha convertido en un lugar común de los estudiosos de la mujer en la profesión jurídica, sostener que una mayor presencia femenina reorientará el sistema jurídico, alejándolo de métodos de resolución de conflictos formalistas, objetivos, universales y adversariales, y acercándolo a las necesidades subjetivas de los individuos y a una mayor utilización de sistemas de resolución alternativa de disputas, como la mediación (Menkel-Meadow, 1989, p. 231; Sommerlad, 1998, p. 28). Por extensión, esta clase de cualidades son las que, supuestamente, podrían aportar las abogadas si fueran nombradas juezas.

Con el desarrollo del derecho sustantivo y procesal, se afirma que las juezas serán más proclives a dictar fallos que se basen en la igualdad de género, ya sea revirtiendo decisiones fundadas en un relativamente claro prejuicio de género, basadas en asunciones estereotipadas sobre varones y mujeres (Johnson y Knapp, 1976, Wikler, 1980 Sherry, 1986: 161), o exponiendo y corrigiendo principios jurídicos que, aunque supuestamente neutros, son de un inherente prejuicio de género, como “el sentido común” y la “razonabilidad” (McGlynn, Thornton, Lahey, 1985). En relación con el proceso de adjudicación, se sostiene que las juezas abordarán de otra manera la resolución de las disputas, buscando técnicas menos confrontativas, mientras que, a la hora de dictar sentencia, un abordaje basado en la diferencia, sugiere que las juezas serán más comprensivas de la posición de las mujeres, tanto de víctimas como de ofensoras.⁶

El argumento de que la calidad de la justicia en los tribunales mejorará, a raíz de las diferencias que aporten las mujeres a la magistratura superficialmente es muy convincente.

4. Citado en Gatfield, 1996, p. 260.

5. Para una reciente revisión crítica del trabajo de Gilligan, véase Ward, 2000.

6. En Sudáfrica, por ejemplo, el Procurador General (Director of Public Prosecutions) de la provincia Cabo Occidental, anunció su intención de promover el nombramiento de mujeres en la magistratura de esa provincia sobre la base de que: “Tenemos 4.000 violaciones al año en Cabo Occidental y sólo una jueza... generalmente, las mujeres son más sensibles a las consecuencias de la violación que los varones”. Su visión fue apoyada por esa única mujer, la jueza Van Heerden, quien sugirió que las mujeres aportaban una faceta diferente y una serie diferente de valores morales en el proceso de dictar sentencia. “More Women Judges on the Way Says Kahn” *African News Service Online* 29/12/1998.

La popularidad de las teorías de la diferencia, en sus distintos matices, es entendible, ya que, de ser correctas, proveen un argumento irrefutable a favor de la participación de las mujeres en el poder judicial. Además, contrarrestan la tradicional primacía de los atributos típicamente considerados “masculinos” y validan algunos de los rasgos considerados “femeninos”, que, en el ámbito de la función pública, han sido marginados o denigrados. Pero, más allá de su atractivo inicial, estos argumentos traen aparejados verdaderos problemas empíricos, teóricos y estratégicos. Algunos de estos son específicos del poder judicial, concretamente, relacionados con el tema de la imparcialidad. Otros son generales a las cuestiones más amplias del género, e involucran el aparentemente insoluble problema de definir satisfactoriamente los “intereses de las mujeres”, sin caer en un esencialismo inaceptable.

Las mujeres, ¿juzgan diferente?

La creencia de que las mujeres juzgan distinto, si bien está ampliamente arraigada, no es pacífica. En los Estados Unidos, la jueza Day O’Connor, primera mujer miembro de la Corte Suprema de Justicia, ha calificado a la pregunta de si las abogadas y juezas hablan, o no, con “una voz diferente”, como “peligrosa e imposible de responder” (Day O’Connor, 1991, p. 1557). En el Reino Unido, Dame Brenda Hale, una firme defensora de la igualdad de género, ha sostenido que “las mujeres no pretenden afirmar que tienen una visión distinta de las cosas que los varones, en parte porque esto sería claramente desacertado en muchos casos y, en parte, porque las haría menos calificadas para ser juezas”. (Hale, 2001, p. 13). La cuestión acerca de si los argumentos basados en la diferencia son peligrosos, y si socavan la cualidad de las mujeres para ser juezas, será considerada en una sección posterior. La cuestión acerca de si, empíricamente, las juezas resuelven distinto que sus colegas varones, o no, es de alguna manera más fácil de responder hoy en día, que cuando O’Connor escribió, hace una década, ya que tenemos abundantes y crecientes investigaciones en la materia.

Casi todos los primeros trabajos que se realizaron sobre las diferencias de género en la magistratura, tuvieron lugar en los Estados Unidos a raíz del nombramiento de O’Connor, la primera mujer en la Corte Suprema. Sus votos eran objeto de un intenso escrutinio, y muchas feministas decían advertir una diferencia en su manera de decidir, respecto de sus colegas varones. Suzanna Sherry, por ejemplo, sostenía en 1986 que dichos votos demostraban una inconfundible “voz femenina”, que atravesaba la tradicional dicotomía liberal/conservador (Sherry, 1986). Sin embargo, esta conclusión ha sido desafiada por otras personas, incluyendo a la propia O’Connor (Aliotta, 1995, Davis, 1993, O’Connor, 1991 Frug, 1990).

Durante las décadas del ’80 y ’90, a medida que el número de juezas creció, fue posible emprender estudios sobre las diferencias de género en el proceso de administración de justicia, utilizando muestras más amplias, de las cuales se pudieran extraer resultados generalizables. Las investigaciones sobre los votos de los jueces en la Corte Suprema en 1993, no hallaron diferencias significativas entre varones y mujeres (Marshall, 1993). Un estudio llevado a cabo en 1991 sobre la actuación de miembros de las cortes supremas de justicia estatales en su primer mandato, también arrojó como resultado que sus votos eran similares (Allen, 1991). La investigación de Gottshcall en 1983, basada en los jueces nombrados por el presidente Carter, tampoco halló diferencias significativas en sus votos,

desde el punto de vista del género (Gottschall, 1983; Martin, 1993, p. 167). Por el contrario, algunos estudios a nivel estadual y de distrito, hallaron que las juezas tienden más a apoyar los intereses de las mujeres (Segal, 1997, Gryski, Main y Dixon, 1986). Sin embargo, algunas diferencias detectadas en otras investigaciones, no son aquellas que uno hubiese esperado. El estudio de Walker y Barrow de 1985 sobre una corte de distrito, halló que las juezas eran menos proclives a fallar a favor de derechos individuales y de minorías, que sus colegas varones.

De manera similar, evidencia recabada en otras jurisdicciones y en tribunales de otras instancias, también demuestra un panorama poco contundente. El estudio de Frances Raday de 1996 sobre decisiones de la Corte Suprema Israelí, identificó a partir de la década del '80, cuando se nombraron mujeres, una mayor predisposición hacia la igualdad de género. Sin embargo, no era claro que este cambio se hubiese generado a raíz de la designación de mujeres –muchos fallos a favor de la igualdad surgieron de jueces varones, mientras que algunos de los votos menos progresistas fueron de las mujeres (Raday, 1996). En Australia, trabajos de investigación de 1995 sobre jueces de las instancias más bajas, hallaron poca diferencia en las decisiones (Laster y Douglas, 1995).

Muchos de los estudios versaron sobre el contenido de las sentencias, y la mayoría no verificó ninguna diferencia significativa entre varones y mujeres (Steffensmeier y Hebert, 1999, Kritzer y Uhlman, 1977; Gruhl et al. 1981, Naylor, 1992). Dos de los estudios, sin embargo, concluyeron que las juezas tendían más a imponer penas de prisión a las mujeres, que sus colegas varones (Steffensmeier y Hebert, 1999, Gruhl et al. 1981). El estudio de Gruhl, sin embargo, halló que las mujeres eran ligeramente menos proclives a condenar, que sus colegas varones (1981, p. 344). Se concluyó que: “al determinar la culpa y mesurar el castigo, varones y mujeres actúan un poco diferente, pero esas diferencias son tan idiosincrásicas, que son prácticamente insignificantes” (p. 317). Además, advirtieron que había más diferencias entre las propias juezas, que entre ellas y los jueces varones. El reciente estudio, y más amplio, de Steffensmeier y Hebert, llegó a conclusiones similares. Hallaron que, en casi todos los aspectos, las formas de votar, eran similares. Sin embargo, aunque hallaron que las mujeres, a la hora de decidir, tomaban más en cuenta el contexto, también tendían a imponer más penas de prisión, y más elevadas, que los varones. Esta diferencia se notaba, particularmente, en el caso de las juezas que condenaban a reincidentes negros. En relación con las decisiones adoptadas por las cámaras de apelaciones del fuero penal ordinario, el estudio de McCormick y Job de 1993 de la Cámara de Apelaciones de Alberta halló que había poca diferencia identificable estadísticamente en las decisiones de jueces y juezas, aun en áreas como las ofensas sexuales (1993).

Las investigaciones que acotaron su objeto de estudio a ciertas áreas del derecho, más particularmente a casos de discriminación sexual, han revelado de manera más constante ciertas diferencias en las decisiones (Gottschall, 1983, Gryski et al., 1986; Allen y Wall, 1987; Davis et al., 1993). Más recientemente, el estudio de Crowe sobre casos de discriminación sexual en el trabajo ante las cámaras de apelaciones de los Estados Unidos entre 1981 y 1996, halló que las juezas eran significativamente más proclives a hacer lugar a demandas por discriminación sexual, que los varones (Crowe 1999). Sin embargo, en sentido contrario a los hallazgos en los Estados Unidos, la investigación de Raday respecto del Tribunal Laboral de Israel (*Israeli labour court*), en el que más de la mitad de

los jueces eran mujeres, no halló diferencia en las decisiones. A pesar de ciertos ejemplos individuales de algunas juezas con una postura fuerte hacia los derechos laborales de las mujeres, Raday halló que el panorama general no justificaba una diferencia de género, sino más bien, indicaba que jueces y juezas solían tener una postura conservadora respecto de los derechos laborales de las mujeres (1996, p. 546). Además, el reciente estudio de Songer y Crews-Meyer acerca de la manera de votar en las cortes supremas de los estados, halló que las juezas eran más liberales con relación a los casos de pena de muerte y obscenidad; ninguno de esos temas están tradicionalmente considerados como “asuntos de mujeres” (Songer y Crews-Meyer, 2000).

Resumiendo las investigaciones en torno al contenido de las decisiones hasta la fecha, pareciera que, en términos de sentencias y de administración de justicia en general, no existe una diferencia clara o sistemática entre jueces varones y mujeres. Sólo cuando el asunto se relaciona directamente con la discriminación sexual, emergen diferencias, y aun en estos casos los hallazgos son poco claros. Asimismo, allí donde las diferencias existen, éstas no necesariamente encajan en los estereotipos de géneros esperados según teorías que afirman una dicotomía de la ética del cuidado/ética de la justicia, como la Gilligan.

Sin embargo, más recientemente, los trabajos de investigación han buscado identificar indicadores de diferencia más sofisticados, en lugar de basarse en el simple contenido de las sentencias, tales como las percepciones de las propias juezas acerca de la naturaleza de la diferencia de género en las decisiones judiciales y su rol en la magistratura. El estudio de Raday sobre las juezas de la Corte Suprema de Israelí, por ejemplo, si bien en términos cuantitativos halló una brecha relativamente reducida entre decisiones de varones y de mujeres, sí detectó diferencias cualitativas. Éstas tenían que ver con que, en los votos de las juezas, se advertía una expresión más contundente a favor de la igualdad de género en los casos de igualdad de género, y en sus escritos extra-judiciales. En términos generales, a raíz de la investigación, Raday concluyó que proporcionalmente más mujeres que varones en la Corte Suprema Israelí habían adoptado puntos de vista igualitarios que impulsaran la erradicación del trato diferenciado hacia varones y mujeres.

También, en el análisis de los puntos de vista políticos de jueces y juezas, se pueden detectar diferencias menos obvias y más complejas. Allen y Wall, por ejemplo, hallaron que las juezas de las cortes supremas estatales tendían a adoptar posiciones más extremas, ya fuera en el arco liberal o conservador (1993, p. 165). Estas diferencias no se traducen, necesariamente, en diferencias fácilmente clasificables en resultados, pero aun así son significativas si se reprodujeran en otros tribunales. Además de la actitud diferente, algunos trabajos de investigación sugieren que la mera presencia de las mujeres en la magistratura repercute en el poder judicial (Laster y Douglas, 1995, p. 190, Songer y Crews-Meyer, 2000), aunque desentrañar los efectos causales de dichas diferencias de actitud y su relación con cambios en la práctica y en la toma de decisiones, no es fácil.

El panorama empírico de las diferencias de género entre jueces, por lo tanto, es contradictorio y no es concluyente y tal vez esté, todavía, en una etapa temprana y elemental; recién se están empezando a descubrir algunas de las diferencias más complejas y sutiles. Lo mejor que puede decirse sobre la base de los trabajos de investigación hasta la fecha, es que puede haber algunas diferencias en las decisiones en ciertas áreas.

Explicaciones de los hallazgos

En la interpretación de estos hallazgos, también hay diferencias. Algunos consideran que no logran reflejar el verdadero alcance de la diferencia de género, mientras que otros, por el contrario, sostienen que sobredimensionan dicha diferencia. Aquellos que sostienen que las diferencias de género no están del todo reflejadas, sugieren que la escasa diferencia se debe a que las juezas, al ser una pequeña minoría y tener una participación simbólica en la magistratura, se han visto forzadas a adaptarse a modelos masculinos. Un argumento alternativo para restarle importancia, es que el tipo de mujer que comúnmente tiene éxito en el sobremasculinizado mundo jurídico es, por definición, atípico entre las mujeres. Además, puede sostenerse que la naturaleza del derecho sustantivo, del razonamiento jurídico y del derecho procesal, limita el margen en el que pueden expresarse las diferencias (Wilson, 1990, p. 507, Laster and Douglas, 1995, p. 182). También puede sostenerse que la práctica de deliberar, particularmente en los tribunales colegiados y de mayor jerarquía, ocluye las diferencias de abordaje basadas en el género que podría haber entre los jueces. Allí donde los jueces se sientan juntos a deliberar, la presión de llegar a un consenso podría provocar que las juezas votasen concurrentemente con los varones, aun cuando, tal vez, hubiesen tenido un punto de vista diferente sobre el caso.

En contra de esta postura, suele argumentarse que las diferencias que pueden detectarse, más que expresar diferencias de género, ya sean éstas biológicas o sociales, son el resultado del tipo de trabajo que suele asignársele a las juezas, como así también las diferentes carreras que han tenido (Roach Anleu, 1992, p. 396). Es más probable que las mujeres lleguen a la magistratura con experiencia en áreas como el derecho de familia y el derecho laboral, en las que es más común el uso de técnicas de resolución de conflicto menos agresivas y en los que los asuntos relativos a la discriminación son más familiares. Es frecuente también que hayan trabajado en áreas no tradicionales y que hayan adquirido experiencia poco común (Sandra Day O'Connor, por ejemplo, después de su graduación, tuvo que trabajar como secretaria en un estudio jurídico, antes de conseguir un empleo como abogada). Por lo tanto, los diferentes tipos de trabajos jurídicos que las mujeres realizan antes y después de su nombramiento, explican las diferencias entre las decisiones judiciales de varones y mujeres.

El futuro de la diferencia

Así como puede interpretarse que la evidencia empírica, o bien encubre el verdadero alcance de la diferencia de género, o bien la exagera, hay distintos puntos de vista con respecto a si estas diferencias van a ser más o menos pronunciadas en el futuro. Aquellos que piensan que la poca cantidad de mujeres las obliga a amoldarse a la cultura de la mayoría masculina, o fomenta la selección de mujeres atípicas, generalmente creen que la voz femenina muy probablemente sea más fuerte a medida que más mujeres ingresen a la magistratura (Menkel-Meadow, 1985, p. 43, Gruhl et al., 1981).

Sin embargo, hay argumentos igual de sólidos como para afirmar que, con el correr del tiempo, va a haber cada vez menos diferencias de género, a medida que las mujeres empiecen a trabajar en un espectro más amplio de áreas del derecho y a llegar a la

magistratura con antecedentes profesionales más similares a los de sus colegas varones. También es posible que el aumento de número de mujeres reduzca la presión que implica, para las juezas, sentir que deben actuar a favor de los intereses de las mujeres, sea o no su preferencia, actuar de esa manera. La diferencia entre varones y mujeres jueces también podría disminuirse, no a través de un cambio en actitudes y comportamientos de las mujeres, sino en el de los varones. La presencia creciente de mujeres en la magistratura, podría ejercer una influencia “femenizante” más fuerte en los varones (Laster y Douglas, 1995, p. 185. Slotnick, 1984, pp. 527-528). Igualmente, los jueces varones podrían verse influidos no sólo por la presencia de juezas, sino por un cambio de actitudes afuera del poder judicial. Si las sociedades democráticas liberales siguen siendo cada vez menos discriminatorias, y las experiencias de vida de la próxima generación de jueces están menos influidas por el género que la de sus predecesores, sucederá que la diferencia entre jueces varones y mujeres se reducirá en paralelo con la de la sociedad en general.

Por lo tanto, el futuro de las diferencias de género en la magistratura, es tan incierto como la interpretación de su estado actual. Estas limitaciones empíricas que dificultan un análisis del alcance y naturaleza del presente y futuro de las diferencias de género, se corresponden con problemas teóricos igual de graves.

Los problemas de la imparcialidad y la coherencia

El primero de estos problemas, es la dificultad de reconciliar la afirmación de que mujeres y varones juzgan diferente, con el principio de la imparcialidad judicial. El solemne juramento, exige que los jueces impartan justicia a toda clase de personas, sin “temor ni favoritismo, simpatía o mala predisposición”. Tradicionalmente, se interpreta que esto significa que deben dejar de lado toda parcialidad hacia cualquiera de las partes o argumentos. Al menos superficialmente, por lo tanto, si un juez fuese proclive a adoptar una posición más favorable a la prueba, argumentos o intereses de una mujer por sobre los de un varón, esto no sería compatible con el principio de imparcialidad.

Este problema no puede resolverse por el mero hecho de señalar que, en la práctica, la parcialidad de los jueces, es la regla. El hecho de que un principio suela ser violado, no lo invalida como objetivo. Está muy aceptado que frecuentemente, los jueces, como seres humanos que son, no van a estar siempre a la altura de los estrictos estándares de imparcialidad:

“... Todos sabemos que no lo hacen y que probablemente no puedan hacerlo. Siempre ha habido jueces con mentalidad de fiscales, y jueces con mentalidad de defensores... Pero el ideal sería que trataran de dejar todo esto de lado...” (Hale, 2001, p. 13).

La única manera de mantener el ideal de imparcialidad y, a la vez, institucionalizar legítimamente decisiones basadas en el género, es cuestionando la interpretación que se ha hecho hasta ahora sobre qué constituye la imparcialidad. Si un juez y una jueza que interviniesen en el mismo caso, adoptaran una postura más o menos favorable respecto de un argumento, o de la credibilidad de algunas de las partes, en razón de su sexo, habría, *prima facie*, evidencia de una violación al principio de imparcialidad. Lo que no es obvio, es si la violación al principio es cometida por el varón o la mujer. La respuesta depende de cuál de los dos abordajes sea considerado imparcial. Ésta es, en última instancia, una

pregunta normativa. Si se asume que las normas que sustentan las decisiones en los tribunales a la fecha son esencialmente imparciales con relación al género, el apartamiento, por parte de los jueces, de estas normas, será *prima facie* evidencia de parcialidad. Sin embargo, si se cree que las decisiones judiciales sistemáticamente han favorecido a los varones y desaventajado a las mujeres, entonces lo que se cuestiona es la aplicación de lo que se considera ser imparcial, y no el principio de imparcialidad en sí mismo (Resnik, 1988, p.1922).

Como actualmente es indiscutible que, antes, las sentencias dictadas en nombre de la justicia imparcial discriminaban a las mujeres (Abella, 1987; Shientag, 1975), la pregunta es ¿qué evidencia hay de que esto se haya acabado y haya sido reemplazado por normas de imparcialidad de género? Los tribunales no pueden hacer otra cosa que reflejar los valores de la sociedad en la que operan. Para ser más realistas, como instituciones inherentemente conservadoras que son, van a la zaga de, y reflejan, los valores del pasado reciente. Dado que los tribunales están arraigados en los valores de las sociedades en las que funcionan, sería imposible para los jueces aplicar, sistemáticamente, normas imparciales en relación con el género, en una sociedad de relaciones desiguales de género. Si es aceptado que las relaciones sociales todavía están altamente influidas por el género, y que las mujeres como grupo, en general, siguen aún en desventaja por esas relaciones, entonces las normas que los jueces apliquen en los tribunales, necesariamente deberán reflejar aquellas desventajas. Se sigue de esta interpretación que si las juezas dan más relevancias a las perspectivas, intereses y puntos de vista de las mujeres, no están decidiendo con “favoritismo y simpatía” sino más bien, están corrigiendo la existente parcialidad de las decisiones judiciales y promoviendo un poder judicial genuinamente imparcial, que imparta a varones y mujeres, el mismo trato.

Este argumento nos da una respuesta convincente al problema de la imparcialidad a nivel institucional, pero todavía nos deja una dificultad: el hecho de que, según su género, jueces y juezas decidan diferente, socava la coherencia y tiene como resultado una injusticia a nivel individual. Desde la perspectiva del litigante o del imputado, la presencia de diferentes patrones en la toma de decisiones, significa que el resultado del caso dependerá de si es decidido por un varón o por una mujer. Aprobar esto, significa institucionalizar la noción de que el resultado de caso depende, simplemente, de la suerte que se tenga en el sorteo del juez que deberá intervenir en un proceso (Abrahamson, 1984, p. 492).

Tal vez se pueda considerar aceptable, entre tribunales de apelación o constitucionales, cierto grado de subjetividad, o una administración de justicia más personalizada y menos punitiva, donde factores como el género afecten la decisión que se adopte. En esos tribunales, los jueces definen por primera vez, o redefinen a la luz de condiciones cambiantes, cuestiones de principio y de políticas. Generalmente se acepta que, en este nivel, los jueces van a inspirarse en sus propios valores y experiencias a la hora de elaborar los resultados (Russell, 1996). Las diferencias entre individuos basadas en el género, *inter alia*, podrían ser un precio aceptable para pagar, si de lo que se trata es de desarrollar un derecho que sea más sensible a las cambiantes condiciones y normas sociales. Pero en la mayor parte del trabajo judicial propio de los jueces ordinarios, esto es, en la tarea de investigar los hechos, identificar el derecho sustantivo y procesal establecido y aplicarlo a los hechos del caso, es mucho menos aceptable institucionalizar la noción de que existan diferentes resultados según las características individuales de los jueces.

El problema de la coherencia es particularmente grave en las instancias más bajas del poder judicial, por el hecho de que los jueces ordinarios, generalmente resuelven solos. En un caso cualquiera, el juez o es varón, o es mujer, y no hay margen para que las perspectivas masculina o femenina permeen un proceso de toma de decisión colectivo, de la manera que ocurriría en un cuerpo colegiado cuando el cuerpo decide, tal como un comité, un gabinete o la legislatura. En los tribunales de mayor jerarquía, la existencia de un proceso de toma de decisiones más colectivo, aun si el tribunal está dividido en salas, otorga a varones y mujeres un margen más amplio para introducir al proceso de toma de decisiones las diferencias de género, sin crear una correlación tan inaceptablemente burda entre el género del juez, y la decisión que se adopte.

El problema que genera la exigencia de coherencia entre los que toman decisiones, es una de las razones por las cuales los partidarios de la diferencia de género en la magistratura suelen expresar la idea en términos bastante vagos, como “darle expresión a la perspectiva femenina”, que no termina de explicar si las diferencias entre jueces varones y mujeres causará, en última instancia, que lleguen a diferentes resultados en sus sentencias. Si el argumento consiste en que las diferencias no se manifestarán en el contenido de las sentencias, sino más sutilmente, como en la sensibilidad hacia los testigos, o en la resolución del conflicto con menor confrontación, entonces la noción de diferencia es menos problemática en términos de imparcialidad y coherencia pero, a la vez, pierde mucho poder como base sobre la cual fundar un discurso para la igualdad de género. Si, por el otro lado, se sostiene que la diferencia de género sí se traducirá en diferentes resultados, entonces la conclusión será que cierto grado de incoherencia es un precio que vale la pena pagar, al menos por un tiempo. El defecto de este argumento, y la razón por la cual raramente es esgrimido por aquellos que apoyan la diferencia de género en la magistratura, es que socava la base fundamental de los argumentos basados en la diferencia, que son que la igualdad de género mejorará la calidad de la justicia en los tribunales. Renunciar a cierto grado de calidad, en aras de llegar al objetivo de la igualdad de género, requiere hallar un discurso alternativo, que no dependa de mejorar la calidad de la justicia.

El problema del esencialismo

El segundo de los problemas que se deriva de los argumentos basados en la diferencia a favor de la igualdad de género en la magistratura, es también un problema compartido por la teoría feminista en general –aquel que consiste en identificar qué es particular en las identidades e intereses de las mujeres. El reconocimiento de que el género es, meramente, una variable de diferencia que moldea las vidas de las mujeres, ha explicado por qué no puede interpretarse que el hecho de compartir el género, implica también compartir creencias, necesidades, intereses o experiencias, sin que se incurra en una inaceptable forma de esencialismo (Fraser, 1997, p. 102). El reconocimiento de que una mujer, sólo sobre la base de su género, no puede, necesariamente, representar los intereses de otras mujeres, repercute de manera especial en el poder judicial, dado el inusualmente acotado extracto del que provienen los jueces, en comparación con otras instituciones de poder. En términos de edad, formación académica, situación económica y clase, los jueces provienen de un grupo extremadamente pequeño, y la probabilidad de que aquellos que acuden a los tribunales compartan ese origen

y características, es exigua. Esto significa que, frecuentemente, salvo el género, las juezas no tendrán nada más en común con las litigantes, que sus colegas varones.

Además, aun si la magistratura se diversificase, y se nombraran más jueces de extractos sociales menos elitistas, la propia naturaleza de la función judicial, siempre provocará que los jueces no representen, en términos descriptivos, la población total. Cualquiera sea el sistema de nombramientos que se utilice, los jueces casi siempre pertenecerán al grupo de graduados exitosos. En términos de clase y de situación económica, mientras que unos pocos jueces podrán tener raíces de la clase trabajadora, al momento del nombramiento tendrán vidas relativamente acomodadas, como resultado de su éxito en la práctica profesional. Y salvo en el tipo de carrera judicial del sistema continental, siempre serán mayores en edad que el litigante promedio. El resultado es que si las juezas pueden proveer una “perspectiva femenina” será, por definición, una muy particular, y si pueden “hablar con la voz” de las litigantes, es una voz que siempre tendrá resonancia solamente con una pequeña proporción de las mujeres que tengan enfrente.

Para resumir, aparecen verdaderos problemas cuando se pretende aplicar nociones de diferencia al poder judicial, a la luz de la necesidad de imparcialidad y coherencia en la toma de decisiones judiciales y los problemas del esencialismo. Esta conclusión nos previene en contra de adoptar, de una manera muy entusiasta, el argumento de que las juezas, inevitablemente, mejorarán la calidad de la justicia por las diferencias que aportarán a la magistratura. Estas dificultades teóricas y empíricas están acompañadas por problemas estratégicos igualmente serios.

Los peligros estratégicos de la diferencia

Una serie de críticas tanto dentro como fuera del poder judicial, han resaltado el peligro de que, afirmar que las mujeres tienen una forma particular de practicar el derecho, recuerda los viejos mitos que las mujeres han luchado por superar, y amenaza con establecer nuevas categorías de “trabajos para mujeres” a los que las mujeres están confinadas. Además, estas áreas casi siempre tienen menor impacto económico y político, como el derecho de familia (O'Connor, 1991, p. 1557; Grant y Smith, 1991, p. 71; Roach Anleu, 1992, p. 396; Laster y Douglas, 1995, p. 203).⁷

Esta guetización refuerza la idea de que existen áreas de trabajo tradicionalmente masculinas que no son apropiadas para las mujeres. Aunque la literatura que valora la diferencia femenina, en general, no le ha conferido demasiado estatus a ese tipo de trabajo, negar que las mujeres, en general, tienen muchas habilidades para las tácticas adversariales agresivas o para los negocios comerciales, inevitablemente refuerza la visión tradicional de que las mujeres poseen un espectro limitado de aptitudes y limita las opciones de carrera individual que las abogadas (y, por lo tanto, las juezas) pueden hacer y, de esa manera, socava las perspectivas para lograr una igualdad funcional en la magistratura.

Además, los argumentos basados en la diferencia, muy fácil e imperceptiblemente, mutan de “diferente” a “mejor”. Mientras que la diferencia puede relegar a las juezas en

7. Esta guetización es notable en la Corte Suprema de Inglaterra y Gales, donde el actado número de mujeres designadas han sido desproporcionadamente apiñadas en el área de derecho de familia.

ciertas áreas, también puede dar lugar a expectativas de superioridad; las juezas pueden “escuchar” todas las voces diferentes que se alcen en el tribunal –la masculina, porque han aprendido a escucharla, y la femenina, porque la viven (Gatfield, 1996, p. 259-260). Nuevamente, este dilema no es exclusivo del poder judicial. La afirmación de que la voz femenina no es sólo diferente, sino también mejor, es atractiva por razones obvias: si puede demostrarse que las mujeres superan en su desempeño a los varones, el argumento de que el nombramiento de mujeres viola en principio de nombramiento en base al mérito, no tendrá razón de ser. Sin embargo, los peligros del discurso “lo diferente, es mejor” son igualmente claros. Una vez que diferencia y progreso estén equiparados, y el discurso a favor de la igual participación sea la diferencia, entonces, los partidarios de la igualdad de género deberán demostrar, no sólo que las mujeres trajeron consigo algo nuevo a la magistratura, sino también, algo superior.

Además, como la tarea de determinar si las mujeres, efectivamente, lograron esto, estará en manos de aquellos que ya tienen poder –jueces varones con mucha antigüedad- es muy probable que cualquier nueva característica que las juezas aporten, sea calificada de forma menos favorable que aquellas a las que, tradicionalmente, se les ha conferido mayor estatus. Si es correcto que las características femeninas han sido sistemáticamente descalificadas, y se anticipa que las juezas aportarán esas mismas características, entonces lo más probable sea que, lejos de que se les reconozca que han mejorado la calidad de la magistratura, también se las descalifique y, así se socavarán también, la justificación de su cargo.

En conjunto, la combinación de las dificultades empíricas, teóricas y estratégicas que padecen los argumentos basados en la diferencia, socavan su validez como discurso a favor de la igualdad de género en los tribunales. Lo variado de los hallazgos empíricos y el margen de interpretaciones igualmente posibles respecto de esos hallazgos, da lugar a mucha incertidumbre sobre la existencia, alcance y futuro de las diferencias de género en el poder judicial. Si la diferencia de género es la base de la igualdad de género, ¿qué pasa si se probase que no existen diferencias significativas? ¿O que sí existen, pero que desaparecen antes de que las mujeres alcancen una igual participación, o que sí existen, pero que no mejoran la calidad de la justicia?

Una respuesta a estas preguntas podría ser que, a medida que la igualdad de género se convierta en una realidad en la sociedad en su conjunto, la necesidad de proveer una justificación para la igual participación en el poder judicial, desaparecerá. La idea de que mujeres y varones deberían compartir el poder de tomar decisiones de manera igual, será tan auto-evidente, y estará tan arraigada en nuestra cultura política, que ya habremos superado la necesidad de un discurso, de la misma forma en que, hoy en día, no necesitamos justificar la abolición de la esclavitud. Esta visión optimista de las tendencias futuras, sin embargo, no está respaldada por la evidencia empírica del pasado reciente. Más allá de que esté ampliamente aceptado que las mujeres en la vida pública están en una progresiva alza, la realidad de su participación lenta, irregular y parcial en casi todas las áreas, indica que el debate acerca de cómo alcanzar igual participación, y el de por qué dicha participación es necesaria, probablemente vayan de la mano en el futuro cercano.

Además, la falta de progreso en materia de igualdad de género en el poder judicial es, actualmente, tan manifiesta, que justifica el desarrollo de medios más pro-activos y

controvertidos para promover la participación de las mujeres. El razonamiento sobre el cual se basen las demandas a favor de la igual participación de las juezas, por lo tanto, deberá ser empírica y teóricamente sólido, si se pretende que dure y soporte la futura resistencia, y que provea la base para una plataforma más agresiva, que asegure una mejora aceptable en los tiempos y alcance del cambio. El discurso basado en la diferencia es tan débil, que exige que haya que buscar otro razonamiento, además de aquel basado en la mejora de la calidad de la justicia impartida en razón de la diferencia. La base más convincente para tal discurso se halla en los principios de equidad y legitimidad, que están muy relacionados entre sí.

Equidad

El argumento de que la igualdad de género es un requerimiento de la equidad, está basado en el principio de que es inherentemente injusto que los varones prácticamente monopolicen el poder jurisdiccional. Esta afirmación se funda en ciertas asunciones. En primer lugar, que no hay cualidades o características, sean genéticas o aprendidas, que haga a los varones más calificados para la vida pública y justifique su dominación en los cuerpos de toma de decisiones. En segundo lugar, que, dado que éste es el caso, la desproporcionada participación de los varones en el mundo jurídico en general, y en el poder judicial en particular, es el resultado de arreglos injustos, pasados y presentes, que desfavorece a las mujeres. Estos, pueden ser inherentes a las instituciones tales como los tribunales y la profesión jurídica, o el resultado de condiciones externas, tales como valores culturales o la tradicional división del trabajo entre los sexos.

Si bien estas asunciones todavía están discutidas en ciertos círculos, lo cierto es que están lo suficientemente arraigadas en el discurso político dominante como para ser una base teórica sólida para la mayoría de las demandas de igualdad. Más allá de esto, sin embargo, las limitaciones, en la práctica, de los abordajes basados en la equidad para proveer igualdad, son muy familiares. El historial de goles en contra y contratiempos de las políticas para proveer iguales oportunidades basadas en la equidad, demuestra los problemas que implica convertir un principio tan simple y poco controvertido en una base práctica para el cambio. Las luchas por pasar de una igualdad formal a una igualdad sustantiva, y de la discriminación directa a la indirecta, que marcó los primeros años de las políticas en pos de la igualdad de oportunidades, son evidencia de estas dificultades. Sin embargo, esas barreras han demostrado no ser infranqueables y el discurso de la equidad ha demostrado ser lo suficientemente flexible como para adoptarse a fin superarlas.

Un desafío mucho más serio al discurso de la igualdad, basado en la equidad, es la objeción al uso de la acción afirmativa, dado que se considera una injusticia pasar por encima a candidatos mejor calificados que pertenezcan al grupo dominante. El exitoso desafío al cupo femenino en el partido laborista del Reino Unido después de las elecciones de 1997, como una violación a la Ley de discriminación sexual de 1975, es un claro ejemplo de esto en la práctica. El consecuente bajo número de mujeres elegidas en 2001, fue un resultado directo de la remoción del sistema de cupos y llevó, en consecuencia, a que el gobierno promoviera legislación que excluyera aspectos del proceso de selección

político del ámbito de la ley de 1975⁸. Este tema de la acción afirmativa, posiblemente emerja como una cuestión política justiciable en los años venideros. Hasta ahora, generalmente se ha aceptado que el nombramiento en la magistratura de una mujer bien calificada, por sobre un varón igual de calificado, no viola el principio de equidad, y está justificado como una manera de promover un poder judicial más diverso. Por el contrario, hay un límite claro cuando lo que se pretende es nombrar a una mujer menos calificada respecto de un varón más calificado. Sin embargo, teniendo en cuenta el ritmo tan dolorosamente lento del cambio, y las pocas perspectivas de lograr la igualdad sin acción afirmativa, es cada vez más claro que la igualdad no será alcanzada en nuestras vidas, si no nos comprometemos con esta cuestión.⁹ Un discurso a favor de la igualdad de género, que denegase la posibilidad de la acción pro-activa para promover a las mujeres en la medida que perjudicase a los varones, no significaría ningún progreso con respecto a los argumentos basados en la diferencia.

Un abordaje a este problema sin atentar contra el principio de equidad, es repensar la definición tradicional del mérito, de tal manera que otorgue más peso a las experiencias y al tipo de carrera más comunes entre las mujeres. Por sí solo, esto puede ser insuficiente como para posicionar a las candidatas a juezas en un pie de igualdad con los varones, ya que no puede contemplar hasta qué punto las mujeres están en desventaja en la profesión jurídica, de la cual provienen los jueces. El Lord Chancellor's Department • anticipa que, según proyecciones de la composición de género dentro de la profesión jurídica, el Poder Judicial, para el 2010, sólo estará integrado por un 25% de mujeres. Si, por lo tanto, muchas de estas barreras a la igualdad surgen antes del proceso de nombramientos, y la evidencia demuestra que esto no será erradicado en un futuro cercano, entonces la única manera de lograr la igualdad en la magistratura, es a través de la designación de mujeres con menos experiencia que sus contrincantes varones.

Un ejemplo de cómo puede instaurarse la acción afirmativa, pero sin violar el principio de equidad, proviene del proceso de designación de magistrados de Sudáfrica, donde las groseras desventajas que sufrían los abogados negros bajo el apartheid significaba que la única medida aceptable para lograr la igualdad, era la acción positiva. Si bien se mantuvo el principio de nombramiento según el mérito, los criterios de selección incluyen la diversidad como un requerimiento colectivo de competencia. Además, la calidad de "potencial" es tomada como un criterio de mérito, de tal manera que permite el nombramiento de aquellos con menos experiencia, que son identificados como proclives a ser buenos jueces. Por otra parte, la persona que, en otros aspectos, está menos calificada que un candidato de un extracto social tradicional, puede ser considerada como igual de calificada cuando su extracción es tomada en cuenta como una contribución a la

8. Ley de discriminación sexual (elección de candidatos), 2002.

9. El Lord Chancellor's Department estima que, para 2010, un 25% de la magistratura estará integrado por mujeres, 120 años después de haber logrado la posibilidad de ser electas.

• Nota de la traductora: el Lord Chancellor's Department era un departamento de gobierno del Reino Unido, fundado en 1885. Hasta la reforma constitucional de 2005, una de las funciones del Lord Chancellor era nombrar los jueces. En 2003, el Lord Chancellor's Department se fusionó con el recién creado Departamento de Asuntos Constitucionales, que pasó a ser el Ministerio de Justicia en 2007.

competencia del poder judicial. De esta manera, el nombramiento de una candidata menos calificada que un candidato, según los criterios de selección aceptados, no constituye un tratamiento injusto hacia el varón, porque no es “la mejor persona para el trabajo” cuando la diversidad es tomada como un factor de competencia (Cooney, 1993).

Este ejemplo, demuestra que uno de los puntos fuertes del principio de equidad como discurso a favor de la igual participación, es que es lo suficientemente flexible como para permitir el desarrollo de diferentes prácticas a favor de la igualdad de oportunidades, según el contexto en el cual se lo aplique. Así como se avanzó de la discriminación directa, hacia la indirecta, y de la igualdad formal, hacia la sustantiva, también puede amoldarse a interpretaciones más sofisticadas del mérito y de la competencia, que daría lugar a políticas pro-activas de nombramiento y promoción, a favor de las mujeres.

Pero tal vez, la mayor ventaja de los argumentos basados en la equidad es que no dependen de lo que pueden, o no, hacer las juezas. No les interesan variables como la eficiencia económica o la calidad de la justicia, sino el requerimiento de que los individuos no deberían verse injustamente favorecidos por factores que no se relacionan con su capacidad para asumir cierto rol. Independientemente de que las mujeres aporten, o no, una perspectiva diferente a la magistratura o tengan, o no, mejores habilidades para juzgar que sus colegas varones, su presencia es requerida por su propio bien. Además, estas demandas sólo estarán satisfechas a través de la plena participación, dado que, si las mujeres no están disfrutando de igualdad funcional y numérica, entonces puede sostenerse que todavía están enfrentando alguna forma de desventaja directa o indirecta en comparación con sus pares varones.

Como contrapartida a estos puntos fuertes, la debilidad de los argumentos basados en la equidad es que aparentan estar más preocupados por los intereses de los participantes, que por los de la sociedad en su totalidad. En última instancia, están basados en el argumento de que las mujeres deberían tener las mismas posibilidades que los varones de desarrollar sus carreras y contribuir a la vida pública. En sí mismo, éste es un argumento irreprochable, pero no es suficiente como para proveer una base teórica completa y convincente a favor de la necesidad de una participación igual plena en el poder judicial o en otra institución pública. Los argumentos basados en la equidad necesitan estar complementados con un discurso que demuestre que la igual participación es un prerrequisito para el correcto funcionamiento de esa institución, pero que no se respalde en los argumentos relativos a la diferencia y su repercusión en la calidad de la justicia. Esto puede ser hallado en el concepto de legitimidad.

Legitimidad

En muchos aspectos, la magistratura es una carrera profesional. Pero además, y por el contrario de otros profesionales como los arquitectos o los médicos, un juez también es miembro de uno de los poderes del Estado. La idea convencional de que el derecho y la política son dos instituciones separadas en el sistema del Reino Unido ha sido objeto de un desafío radical en estos últimos años, al punto que se empezó a aceptar que el poder judicial es una institución política. Esta reevaluación no está limitada a las instancias más altas de la Cámara de Apelaciones y de la Cámara de los Lores. Allí se adoptan las decisiones

políticas más obvias, pero todos los días, los jueces ordinarios ejercen autoridad coercitiva sobre la vida de los demás, y afectan su libertad, su economía y su reputación. Por lo tanto, los jueces en todas las instancias están ejerciendo el poder y, así, están comprometidos en la política en un sentido amplio. Como tal, al poder judicial se le aplican las exigencias de democracia y de legitimidad, al igual que cualquier otra institución de poder, como el legislativo, el ejecutivo, la administración pública o los medios de comunicación, aunque de otra manera. Como se trata de un cuerpo que no es elegido, la base de su legitimidad, tradicionalmente, ha sido la calidad de sus decisiones; la demostración de una justicia ecuánime e imparcial, que es el discurso de la independencia judicial. Pero, cada vez más, otra base de legitimidad, al igual que en todas las instituciones de poder, es la de su composición. La pregunta acerca de quiénes son los jueces, cada vez es más vista como conectada con su legitimidad: “En una sociedad democrática, en la cual todos somos ciudadanos en un pie de igualdad, es incorrecto en principio que la autoridad sea ejercida por un sector tan poco representativa de la población” (Hale, 2001, p. 18).

Representación, legitimidad y la composición de las instituciones de poder

El argumento de que el poder judicial es una institución política y, por lo tanto, los principios democráticos requieren que su integración sea diversa, da lugar a la cuestión más general de por qué la composición de un cuerpo de toma de decisiones debería impactar en su legitimidad. Tradicionalmente, la respuesta de la teoría y práctica de la democracia liberal convencional en relación con los cuerpos electivos, ha sido que no. Es lo que un cuerpo democrático hace, y no lo que es, lo que determina su legitimidad como una institución representativa (Pitkin, 1967). Recientemente, sin embargo, esta idea aceptada de la representación, ha sido desafiada por los reclamos de aquellos grupos que se sienten marginados del proceso político por su falta de inclusión en el cuerpo de representantes electos. Aun cuando un órgano pudiera promover perfectamente los intereses de otro, la idea de que un grupo pueda, de modo paternalista, “sustituir” a otro, es cada vez menos defendible”:

Quando aquellos encargados de tomar decisiones políticas provienen, predominantemente, de uno de los dos sexos... se coloca al otro grupo en la categoría de minoría política. Permanecen como chicos que deben ser cuidados por aquellos que saben más. Más allá de cuán virtuosos sean sus mentores, este tratamiento infantil a importantes sectores de la ciudadanía, difícilmente sea compatible con la democracia... (Phillips, 1995, p. 39).

La centralidad cada vez mayor de los asuntos de género y raza en el debate sobre la representación, ha impulsado la noción de cuán necesaria es la “presencia” de grupos antes excluidos de la toma de decisiones, para que estas últimas puedan reivindicarse como legítimas. En última instancia, esta interpretación de la representación es simbólica; tiene que ver con el reconocimiento público de la igualdad entre los diferentes grupos. Mientras que la noción de representación simbólica ha sido aplicada con respecto a las asambleas electas (Phillips, 1995), el argumento es igualmente aplicable al poder judicial. De hecho, por el problema de la imparcialidad, ya tratado, es especialmente pertinente. El

hecho de que los jueces no sean representativos, no significa que no puedan actuar a favor de los intereses de ciertos grupos, sino más bien que no reflejan a la población en un sentido descriptivo.¹⁰ Nuevamente, la necesidad de que el poder judicial sea más representativo en este sentido, no depende de que se demuestre cómo contribuye a la calidad de la justicia, ya que no depende de los resultados.

Adoptar una interpretación de la representación como presencia, no nos dice nada acerca de qué grupos en particular deberían estar incluidos para considerar legítima a una institución. En la vida pública en general, las categorías de grupos excluidos que deben ser incluidos en las instituciones de poder, están en constante cambio y, de hecho, en expansión—los discapacitados y los niños son las categorías más recientes que requieren cierto grado de inclusión en la toma de decisiones públicas que los afecta—. En relación con el poder judicial, a diferencia de los cuerpos electivos, la exclusión de una amplia gama de grupos, es aceptable. Podemos discutir acerca de si, aquellos que han seguido otras carreras jurídicas, como los asesores técnicos o los académicos, deberían estar incluidos, pero, en general, se aceptan como prerequisites un nivel educativo superior y significativa experiencia en el derecho. La definición de una categoría aceptable de exclusión, es si limita la habilidad de una persona de hacer su trabajo correctamente. Esto cambiará a medida que cambie la definición de “mérito”, pero es claro que el género no es una categoría legítima de exclusión.

Confianza Pública

La necesidad de una legitimación, no es sólo una delicadeza teórica, sino una forma de asegurar la confianza pública. Aunque podría pensarse en regímenes e instituciones cuya legitimidad fuese dudosa, pero que aun así generasen confianza pública, la relación causal entre legitimidad y confianza, en una democracia liberal estable, es muy fuerte. Además, mientras que la confianza pública es importante para todas las instituciones de poder, en el poder judicial es fundamental. Como reconoció Alexander Hamilton hace doscientos años, el poder judicial, sin la espada ni la bolsa, no tiene los medios, en última instancia, de ejecutar sus decisiones, especialmente las decisiones menos populares, que, como institución contramayoritaria que es, son un rasgo esencial en su función. En las democracias liberales, las decisiones políticamente sensibles se resuelven, cada vez más, en los tribunales, y la condescendencia de los medios de comunicación decrece. Por lo tanto, si se pretende que las decisiones judiciales sean respetadas e implementadas, se necesita la confianza pública.

En los Estados Unidos, la jueza Gladys Kissler, entonces Presidenta del *National Association of Women Judges* (Asociación Nacional de Mujeres Juezas) sostuvo que: “en

10. Este punto de vista, por ejemplo, fue el de Association of Women Barristers en una audiencia ante el Home Affairs Select Committee en 1996 (Home Affairs Committee, p. vii, para. 11). **Nota de la T:** *El Home Affairs Committee (Comité de Asuntos Internos) es una de las Comisiones de la Cámara de los Comunes, relacionado con los departamentos de gobierno: se dedica a controlar los gastos, la administración y las medidas adoptadas por el Ministerio del Interior y los órganos que dependen de él. Sesiona públicamente y lleva adelante audiencias públicas, en las que escucha las opiniones y propuestas de diferentes sectores de la sociedad.*

última instancia, la justificación para buscar jueces de ambos sexos y de todas las razas y extractos sociales es mantener la confianza del público”.¹¹ En Inglaterra y Gales, el *Bar Council* (Asociación de Abogados), de manera similar, sostuvo en una audiencia ante el *Home Affairs Select Committee* en 1996 que, a fin de asegurar la confianza pública en el poder judicial, era importante que la gente viera “en la medida de lo posible, personas como ellos en la magistratura”.¹² Recientemente, ha surgido evidencia empírica que respalda la afirmación de que la falta de representatividad tiene un efecto adverso en la confianza pública, a raíz de un estudio a gran escala de las actitudes del público hacia el sistema jurídico llevado a cabo en 1999 (Genn, 1999). Los hallazgos demostraron un alto grado de crítica, que, en su mayoría, giraba en torno a la cuestión de la composición. Un 66 % de los encuestados estaba de acuerdo, o muy de acuerdo, con la esta afirmación: “la mayoría de los jueces son ajenos a las vidas de la gente común”. En general, los hallazgos en los tribunales y en el poder judicial, llevaron a Genn a concluir que: “Aunque el público vea a los tribunales como importantes, hay desconfianza en la ecuanimidad de los juicios, una creencia de que los tribunales sirven a los intereses de los ricos, y que los jueces están alejados y fuera de contacto” (p. 246).

Finalmente, la necesidad de resaltar la relación entre legitimidad y confianza pública y el peligro particular que el poder judicial enfrenta en este aspecto, tiene una fuerza estratégica. Generalmente, es más fácil convencer a una institución que priorice un cambio en su composición si su bienestar y autoridad futuros depende de él. La equidad puede ser un principio firme, pero es el auto-interés lo que generalmente conduce al cambio institucional.

Resumen

El argumento aquí defendido, no rechaza la idea de que las mujeres, tal vez, en algunos aspectos trabajen diferente que sus colegas varones. De hecho, dadas las diferentes experiencias de vida, es muy probable que muchas veces lo hagan. Además, claramente hay argumentos sólidos para decir que la cultura del poder judicial en general, si no la toma de decisiones en particular, se beneficiará con la inclusión de mujeres. El aumento de mujeres en la magistratura puede, de hecho, contrarrestar los prejuicios de género en algunas áreas y permitir que se escuchen las voces de algunas mujeres, más que lo que se escuchaban en el pasado. Además, mientras que puede haber poca o nada de diferencia en el contenido de la decisión, sí podría haber alguna diferencia en el abordaje y en el estilo. La presencia de muchas más mujeres en la magistratura bien puede contribuir a que se lleven a cabo debates en torno a asuntos de género. Sin rechazar, completamente, la presencia de la diferencia de género, sostengo que los problemas empíricos, teóricos y estratégicos identificados con anterioridad, son tales que los argumentos basados en la diferencia son demasiado débiles como para constituir el fundamento principal de la igualdad de género en la magistratura.

11. Citado en Grant y Smith (1991, p. 65).

12. Home Affairs Committee, p. vii para. 11.

Una respuesta a esto, podría ser la de sugerir que la diferencia debería ser empleada estratégicamente. Cualquiera sean sus inconvenientes, si tiene una llegada tal que promueva el objetivo de la igualdad, puede y debe ser utilizado hasta que ya no sea más necesario, momento en el cual podrá ser desechado. El problema con este argumento, es que es un arma de doble filo. Si el discurso a favor de la igualdad de género en la magistratura se basase en el valor de incorporar la perspectiva femenina, y surgiese que las decisiones de las juezas, en muchos casos, fuesen iguales que las de sus colegas varones, y que las mujeres no aportan una voz diferente en el proceso de adjudicación, o si las primeras diferencias desapareciesen a medida que el número creciese, se socavaría la base para buscar la igualdad numérica de las juezas.

Por lo tanto, los argumentos para la igualdad basados en la diferencia son atractivos pero insuficientes. Por el contrario, los argumentos basados en la equidad y la legitimidad, proveen un fundamento más sólido para la igualdad. Cada uno por sí mismo no provee una base completa para requerir una plena igualdad de participación y para legitimar la necesaria acción afirmativa para lograr esto, pero en conjunto sí lo hacen. La ventaja clave de estos discursos es que presumen un requerimiento de paridad numérica y funcional, y que están basados en la afirmación de que la igualdad de género es necesaria por derecho propio y no depende de que haya mejores resultados. Esto significa que no son socavados por el hecho de que las decisiones y actitudes de las juezas sean idénticas a las de los varones, ahora o en el futuro. Además, y especialmente, se deriva de esto que podría ser aceptable arriesgarse a sacrificar, en el corto plazo, un grado de calidad de la justicia para lograr igual participación a largo plazo a través del nombramiento de mujeres juezas, que lleguen a la magistratura con menos experiencia, o experiencia diferente, que los candidatos varones.

A la fecha, la propuesta de que la igualdad podría ser, alguna vez, priorizada de tal manera de arriesgar cualquier impacto en la calidad de la justicia, casi no tiene partidarios en el Reino Unido. El sistema de nombramientos judiciales basados en el mérito, es interpretado rígidamente como “ciego con respecto al género”, antes que como promotor de la igualdad de género. La noción de que sería necesario reconstruir la definición del mérito y las prioridades del proceso de nombramientos judiciales, si de lo que se trata es de lograr la igualdad de género, no goza, hoy en día, de popularidad. La paciencia que han demostrado tener los partidarios de la igualdad de género en el último siglo, desde que las barreras para la participación de las mujeres en el poder judicial fueron removidas, posiblemente no dure indefinidamente. A medida que el número de mujeres nombradas en cargos más altos permanezca en un nivel simbólico, año tras año, la falacia del abordaje del “goteo hacia arriba” (*trickle-up*) que asume un progreso natural y automático hacia la igualdad, será demostrada. Es muy probable que aumente la voluntad de “pensar lo impensable” y de explorar las opciones para una acción más radical, como se ha hecho en otros países y en otras áreas de la vida pública. Para el momento en que esto ocurra, si es que ocurre, será necesario desarrollar argumentos sólidos que justifiquen y respalden la aplicación de políticas pro-activas para promover la igualdad de género.

Referencias

- Abella, R. "The Dynamic Nature of Equality", en *Equality and Judicial Neutrality*, ed. S. Martin and Mahoney, K. (Toronto: Carswell 1987).
- Abrahamson, S. "The Woman has Robes: Four Questions", *Golden Gate Law Review*, 14 (1984), 489.
- Aliotta, J. "Justice O'Connor and the Equal Protection Clause: A Feminine Voice?", *Judicature* 78 (1995), 232.
- Allen, D. (1991), "Voting Blocs and the Freshman Justice on State Supreme Courts", *West. Pol. Quarterly*, 44 (1991), 727.
- Allen, D. y Wall, D. "The Behaviour of Women State Supreme Court Justices: Are they Tokens or Outsiders?", *Justice Systems Journal*, 12 (1987), 232.
- Barwick, H., Burns, J. y Gray, A., *Gender Equality in the New Zealand Judicial System: Judges' Perceptions of Gender Issues* (Wellington: Joint Working Group on Gender Equity, 1996).
- Cooney, S. "Gender and Judicial Selection: Should there be more Women on the Courts?", *Melbourne University Law Review*, 19 (1993), 20.
- Crowe, N. *The Effects of Judges' Sex and Race on Judicial Decision Making on the U.S. Courts of Appeals, 1981-1999*, PhD dissertation, The University of Chicago, Department of Political Science, 1999.
- Davis, S., Hair, S. y Songer, D. "Voting Behaviour and Gender on the U.S. Courts of Appeals", *Judicature* 77 (1993), 129.
- Davis, S. "The Voice of Sandra Day O'Connor", *Judicature*, 77 (1993), 134.
- Frug, M.J. "Progressive Feminist Legal Scholarship: Can we Claim 'A Different Voice'?", *Harvard Women's Law Journal* 15 (1992), 37.
- Gatfield, G. *Without Prejudice: Women in the Law* (Wellington: Brookers 1996).
- Genn, H. *Paths to Justice*, (Oxford: Hart 1999).
- Gilligan, C. *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982).
- Goldman, S. "Should There be Affirmative Action for the Judiciary?", *Judicature*, 62 (1979), 489.
- Grant, I. y Smith, L. "Gender Representation in the Canadian Judiciary", en *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice* (Ontario Law Reform Commission, 1991).
- Gottschall, J. "Carter's judicial appointments: the influence of affirmative action and merit selection on voting on the US courts of appeals" *Judicature*, 67 (1983), 165.
- Gryski, Main y Dixon, "Models of State High Court Decision Making in Sex Discrimination Cases", *J. Pol.* 48 (1986), 143.

- Gruhl, J. Spohn, C y Welch, S. "Women as Policymakers: The Case of Trial Judges", *American Journal of Political Science* 25 (1981), 308.
- Hale, B. "Equality and the Judiciary: Why should we want more Women Judges?", *Public Law*, (2001), 489.
- Kritzer, H. y Uhlman, T., "Sisterhood in the Courtroom: Sex of Judge and Defendant in Criminal Case Disposition", *Social Science Journal* 14 (1977), 77.
- Lahey, K. "Until Women Themselves Have Told All They Have To Tell", *Osgoode Hall Law Journal* 23 (1985), 519.
- Laster, K. y Douglas, R. "Feminized Justice: The Impact of Women Decision Makers in the Lower Courts in Australia", *Justice Quarterly* 12 (1995), 177.
- Martin, E. "The Representative Role of Women Judges", *Judicature*, 77 (1993), 66.
- McCormick, P. y Job, T. "Do Women Judges Make a Difference? An Analysis by Appeal Court Data", *Canadian Journal of Law and Society* 8 (1993), 135.
- McGlynn, C. *The Woman Lawyer: Making the Difference* (London: Butterworths, 1998) p. 187.
- McRae, S., *Women at the Top* (London: the Hansard Society, 1996).
- Menkel-Meadow, C. "The Comparative Sociology of Women Lawyers: The 'Feminisation' of the Legal Profession", *Osgoode Hall Law Journal* 24 (1986), 897.
- Naylor, B., *Gender and Sentencing in the Victorian Magistrates's Court: A Pilot Project* (Canberra: Criminological Research Council, 1992).
- O'Connor, D. "Portia's Progress", *New York University Law Review* 66 (1991), 1546.
- Phillips, A. *The Politics of Presence*, (Oxford: Clarendon, 1995).
- Pitkin, H. *The Concept of Representation*, (Berkley: California, 1967).
- Raday, F. "Women in Law in Israel" *Georgia State University Law Review* 12 (1996), 525.
- Resnik, J. "On the Bias: Feminist reconsideration of the Aspirations for our Judges", *South California Law Review* 61 (1988), 1877.
- Roach Anleu, S. "Women in Law: Theory, Research and Practice", *Australia and New Zealand J. Stats.* 28 (1992), 391.
- Sherry, S. "The Gender of Judges", *Law and Inequality* 4 (1986), 159.
- Shientag, B. "The Virtue of Impartiality", en Winters, G. (ed.) *Handbook for Judges*, (American Judicature Society, 1975).
- Slotnick, E. "Gender, Affirmative Action and Recruitment to the Federal Bench", *Golden Gate Law Review* 14 (1984), 519.
- Sommerlad, H. y Sanderson, P. *Gender, Choice and Commitment: Women Solicitors in England and Wales and the Struggle for Equal Status*, (Aldershot: Ashgate, 1998).

Steffensmeier, D. y Hebert, C. “Women and Men Policymakers: Does the judge’s Gender Affect the Sentencing of Criminal Defendants?”, *Social Forces* 77 (1999), 1163.

Thornton, M. *Dissonance and Distrust: Women in the Legal Profession* (Melbourne: Oxford University Press, 1996).

Ward, D. *Still Hearing Voices: The Persistent Myth of Gendered Judgment*, VIIth Biennial Conference of the International Society for Justice Research, College of Management, Rishon Lezion, Israel (2000).

Wikler, N.J., “Identifying and Correcting Judicial Gender Bias”, in *Equality and Judicial Neutrality*, eds. S. Martin y K. Mahoney (Toronto: Carswell, 1987).

Wilson, B. “Will Women Judges Really Make a Difference?”, *Osgoode Hall Law Journal* 28 (1990), 507.