

Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad**

Towards an integral analysis of stereotypes: Challenging the standard guarantee of impartiality

RESUMEN

El uso de estereotipos en perjuicio del colectivo discriminado debe implicar poner en duda la garantía estándar de imparcialidad judicial. Aun tomando el análisis de estereotipos en serio, la profundidad de sus consecuencias no ha sido tomada suficientemente en cuenta en la argumentación constitucional y en derechos humanos pues no ha conmovido con toda intensidad la forma estándar de concebir y aplicar la garantía de imparcialidad en la práctica jurídica e incluso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Defenderé así dos tesis centrales: (1) el uso de estereotipos impacta necesariamente en el análisis del derecho a la garantía de imparcialidad y (2) la imparcialidad debe desprenderse de su concepción estándar o tradicional ligada a la igualdad formal y de la concomitante presunción de imparcialidad judicial.

PALABRAS CLAVE

Estereotipos, desigualdad estructural, imparcialidad, género, argumentación en derecho constitucional y en derechos humanos.

* Doctora en Derecho y LLM por la Universidad de Kiel, abogada de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires e investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) (Buenos Aires, Argentina). Contacto: lauraclerico@yahoo.com

** Un agradecimiento especial a los y las integrantes del Proyecto de Investigación PI 603, “La ética judicial frente a la resolución de casos difíciles”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (2017), María Alejandra Gutiérrez Vargas, Florencia Leiva, Soledad Ramati y Federico De Fazio; a John Carlin, Celeste Novelli, Sebastián Scioscioli, Leticia Vita, Liliana Ronconi y Martín Aldao. Asimismo, agradezco a los evaluadores anónimos de la Revista por sus comentarios, críticas y sugerencias.

Recibido el 13 de diciembre de 2017, aprobado el 15 de febrero de 2018.

Para citar el artículo: CLÉRICO, L. Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad. *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 41, julio-diciembre de 2018, pp. 67-96.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n41.03>

ABSTRACT

The use of stereotypes to the detriment of the discriminated group should imply questioning the standard guarantee of judicial impartiality. Even taking the analysis of stereotypes seriously, the depth of its consequences has not been sufficiently taken into account in the constitutional and human rights argumentation because it has not challenged with all intensity the standard way in which the guarantee of impartiality is conceived and applied in legal practice and even by the regional court for the protection of human rights. I will defend two central theses: (1) the use of stereotypes necessarily impacts on the analysis of the guarantee of impartiality and (2) impartiality must get rid of the presumption of impartiality.

KEYWORDS

Stereotypes, structural inequality, impartiality, gender, argumentation in constitutional law and human rights.

SUMARIO

Introducción. 1. Estereotipos: concepto de trabajo. 2. Estereotipos y desigualdad estructural. 3. Estereotipos, desigualdad y más allá: la garantía de imparcialidad judicial. 3.1. La garantía de imparcialidad en relación con la sentencia de la Corte Suprema. 3.2. La garantía de imparcialidad en relación con el proceso disciplinario iniciado contra la jueza Atala. Consideraciones finales. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Aún las prácticas estatales y las sentencias se siguen basando en estereotipos en perjuicio de los derechos de las personas afectadas. A la par, existe una tendencia en aumento que advierte, identifica, enuncia, nombra y desmantela el uso de estereotipos. Esta tendencia se ve en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y en los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH). Con ella han desarmado estereotipos en casos de discriminación por orientación sexual¹, por género², por informalidad de la relación afectiva

1 Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012; *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016; *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. Sentencia de 31 de agosto de 2016.

2 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009; *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012; *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre

y familia no tradicional³; por discriminación interseccional⁴, en el caso de una niña (edad y género) con VIH/SIDA (condición de persona con VIH), y viviendo en condición de pobreza⁵; o por discriminación por etnia contra el pueblo Mapuche⁶, entre otros⁷. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también acude al concepto de estereotipo para identificar casos de discriminación⁸.

En otros trabajos se ha abordado el análisis de estereotipos como herramienta metodológica⁹ para atacar una norma o una práctica que implica una violación de derechos¹⁰. El objetivo de este trabajo es en algún sentido más desafiante. Se trata de explorar *cómo el uso de estereotipos en perjuicio del colectivo discriminado debe implicar poner en duda la garantía de*

de 2012; *Caso Véliz Franco vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014; *Caso Velásquez Paiz vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 2015; Corte IDH. *Caso Gutiérrez Hernández vs. Guatemala*. Sentencia de 24 de agosto de 2017.

3 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012.

4 Se suele hablar en estos casos de estereotipos compuestos; ver PARRA VERA, Ó. y HUBER, F. Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: comentarios al caso Atala Riffo y Niñas. EN: VON BOGDANDY, PIOVESAN y MORALES-ANTONIAZZI (coords.), *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*. México, DF: Porrúa, 2012, 167-208 (198); COOK, R. y CUSACK, S. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Bogotá: Profamilia, 2010, 36.

5 Corte IDH. *Caso “Gómez Lluy vs. Ecuador*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Ver RONCONI, L. Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 2016, 12, 119-131.

6 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 224.

7 En un informe temático reciente, la CIDH enfatiza que tanto ella como la Corte IDH “en diversas decisiones [...] han reconocido explícitamente *la necesidad de reestructurar los estereotipos sociales de género y adoptar programas de educación y capacitación con una perspectiva de género, así como reformas legislativas e institucionales, con un enfoque transformador*”. La lista de decisiones que recopila no es menor. Ver CIDH. *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*, 2017, párr. 75.

8 TIMMER, A. Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*. 11 (4), 707-738, 2011.

9 Sobre estereotipos de género como violaciones de derechos humanos, ver OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LA ONU. *Gender Stereotyping as a Human Rights Violation*, 2013. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/wrgs/Pages/GenderStereotypes.aspx> (Último acceso: 11/11/2017).

10 COOK, R. y CUSACK, S. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Bogotá: Profamilia, 2010; Timmer, A. Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 11 (4), 707-738, 2011; ANÓN, M. J. Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía*, 2013, 127-157; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G. 2015; Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por violencia de género: el papel del Comité CEDAW en la eliminación de la discriminación y de la estereotipación. *Oñati Socio-legal Series*, 5 (2), 498-519. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2611539> (Último acceso: 30/11/2017). CLÉRICO, L. y NOVELLI, C. La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir el caso “Campo Algodonero” sobre violencia de género. *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso. 2016, 453-487; entre otros.

imparcialidad judicial. Con esto sostengo que aun tomando el análisis de estereotipos en serio, la profundidad de sus consecuencias no ha sido tenida suficientemente en cuenta en la argumentación constitucional y en derechos humanos. ¿Por qué? Pues porque no ha conmovido con toda intensidad la forma estándar en que se concibe y aplica la *garantía de imparcialidad en la práctica jurídica e incluso del tribunal regional de protección de derechos humanos*. En este artículo sostendré dos tesis centrales: (1) el uso de estereotipos debe impactar necesariamente en el análisis del derecho a la garantía de imparcialidad; (2) resulta necesario distinguir dos concepciones de imparcialidad: una concepción estándar o tradicional y una estructural. La imparcialidad debe desprenderse de su concepción estándar, ligada a la igualdad formal¹¹, para ser re-interpretada a la luz de concepciones ligadas a la igualdad estructural. En este contexto no se justifica seguir partiendo de la presunción de imparcialidad¹².

Para ejemplificar y poner a prueba estas tesis utilizaré como ejemplos dos sentencias de la Corte IDH¹³ que incluyen el análisis de estereotipos en casos sobre discriminación estructural¹⁴. Me interesa el “más allá” de la

11 Existen diversas clasificaciones sobre igualdad. Aquí se utiliza en forma indistinta la concepción de igualdad como meramente formal o incluso como igualdad jurídico-material, opuesta a la igualdad fáctica y que incluye la desigualdad estructural. Al respecto, ver CLÉRICO, L. y ALDAO, M. Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. *Revista Estudios Constitucionales*, Facultad de Derecho, Universidad de Talca. Julio de 2011: “La igualdad formal tiene el defecto de esconder, tras el principio de igualdad ante la ley, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia [...] Esto tiene al menos dos consecuencias relevantes: en primer lugar se asume que determinado *status quo*, cortado a la medida del hombre de negocios occidental, constituye una suerte de orden natural que determina el alcance de la discusión en materia de igualdad. En este sentido la igualdad es reconstruida en términos de no intervención estatal sobre una sociedad civil que es capaz de regularse autónomamente. En segundo lugar se atribuye al derecho y a la jurisprudencia un papel de preservación y restitución de este ‘orden natural’, restringiendo las discusiones políticas –aquellas que excedan la mera restauración del equilibrio natural entre oferta y demanda por un lado, y derechos individuales (en su formulación clásica) por el otro– a un debate parlamentario que en realidad se desarrolla bajo la supervisión de aquellos que, sin quebrar esta peculiar comprensión del principio de igualdad ante la ley, han logrado ubicarse por encima de sus pares. De este modo no sólo se cristalizan aquellas desigualdades invisibles a la matriz liberal-burguesa, sino que se aumenta la brecha entre unos y otros”.

12 Agradezco a Federico De Fazio la discusión de la identificación de las dos tesis centrales de este trabajo.

13 El artículo no pretende realizar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre estereotipos. El objetivo es volver la mirada sobre la relación entre desigualdad estructural e imparcialidad. Para ello alcanza entonces con tomar dos sentencias representativas de análisis de estereotipos, una sobre orientación sexual y la otra sobre estereotipos contra líderes mapuches.

14 Trabajamos con estereotipos de género, por orientación sexual o identidad de género, pero lo que sostenemos puede ser utilizado para estereotipos, tales como aquellos por etnia, condición social, edad, religión, apariencia física, o cuando aparecen en forma combinada por género, condición económico-social, entre otros.

parte de la sentencia que trata sobre igualdad. Es decir, propongo comparar dos partes del razonamiento jurídico que aparecen en una misma sentencia: la referida al uso de estereotipos, discriminación y desigualdad estructural, por un lado; y la referida a la garantía de imparcialidad, por el otro. Ambas partes deben guardar coherencia interna cuando se las lee sin solución de continuidad. Así, si en la primera parte del razonamiento se sostiene que hay discriminación por uso de estereotipos, este debe impactar, orientar, guiar el análisis de si se cumple o no con la garantía de imparcialidad, en la segunda parte. Por ello, *tomar el análisis de estereotipos en serio implica acoplarlo en todas las partes de la argumentación de la sentencia*. En suma, el análisis de estereotipos no admite medias tintas y debe impactar necesariamente sobre el análisis de la garantía de imparcialidad.

Para plantear la tesis desde el principio y en forma clara: los estereotipos trabajan constantemente en la mente, y para no incurrir en ellos en la argumentación jurídica hay que cuestionarlos cada vez que aparecen, e incluso cuando no aparecen en *contextos* en los que suelen estar presentes. Situaciones como estas son señales de que los estamos invisibilizando. Así,

... reforzamos y perpetuamos estereotipos cuando los aceptamos acríticamente en lugar de cuestionarlos. *Es posible evitar caer en juicios estereotipados [...]. Sólo un ejemplo: cuando alguien comienza una frase con “las mujeres son...” (puede cambiar “mujer” por “mapuche”, “gay”, “migrante”, etc.), póngase en alerta*, porque posiblemente esté operando un juicio estereotipado. Esté atento a los *contextos*, porque hay espacios que favorecen la acción de estereotipos. Por ejemplo, lugares muy masculinizados donde hay pocas mujeres [...] son un caldo de cultivo para los estereotipos de género¹⁵.

La Corte IDH advierte, en esta línea, por ejemplo, que estas

... *condiciones [...] se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales*. Además, parece claro que *cuando un tribunal se deja influenciar por estereotipos, tiene la mirada nublada, porque juzga a la persona afectada “basado en sus ideas acerca del grupo particular y no en los hechos relevantes respecto de esa persona y las circunstancias de ese caso específico”*¹⁶.

Entonces, ¿cómo entender que una sentencia que alerta a otro tribunal por el uso de estereotipos sostenga luego que es la afectada quien tiene la carga de la prueba de la violación de la garantía de imparcialidad, y que se siga

15 UNDURRAGA, ob. cit.

16 *Ibíd.*; cursiva agregada.

partiendo de la *presunción de imparcialidad* en contextos¹⁷ de estereotipos que expresan desigualdad estructural? ¿Qué se espera de las y los afectados?

Los supuestos de (im)parcialidad en su versión estándar parecen haber sido pensados en un marco donde la igualdad en el acceso a la justicia, en el uso de las armas procesales, es el punto de partida y de llegada¹⁸. Esto sesga la visión del problema. Parece haber sido concebida para casos aislados, para evitar favoritismos u hostigamientos personales, donde se percibe de alguna manera la intencionalidad. Por ello, varios tribunales parten de la presunción a favor de la imparcialidad personal salvo prueba en contrario¹⁹. Sin embargo, ¿no debe cambiar el sentido y visión del problema de la imparcialidad cuando la sospecha de la inclinación del juez o jueza –y más allá de la intencionalidad percibida– deviene por *actos “discriminatorios”* que se relacionan “*con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales*”, en especial, “en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno”? Aún más cuando, por ejemplo, “la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias”²⁰ de la violación de los derechos de las personas afectadas.

Las concepciones estándar de imparcialidad no han abierto aún todas las puertas al análisis de estereotipos. Requieren ser re-visitadas. Para ello, planteo una breve caracterización de estereotipo como concepto de trabajo (apdo. 1). Luego, resalto la fuerza con que se suele relacionar estereotipos y desigualdad como violación a la prohibición de discriminación (apdo. 2). Por último, esto me permite poner de relieve en qué medida esa fuerza se desdibuja cuando se analiza la garantía de imparcialidad, lo que interpreto estaría hablando de un *desacoplamiento injustificado en el razonamiento*. Los y las jueces salen de la alerta interpretativa que les permitió desmontar

17 La inclusión del análisis del contexto es fundamental para el análisis de estereotipos; esto es alertado ya por L’Heureux-Dub, ob. cit., 94: “*In addition, the Supreme Court has adopted a contextual approach, in recognition of the importance of ensuring that courts remain attentive to historical patterns of discrimination in determining whether a particular rule, inference, or presumption is based on myth or stereotype and therefore violates constitutional guarantees of equality. The contextual approach recognizes that the law cannot be divorced or abstracted from social realities and that legal rules will often have been designed around the interests of those who hold power. As such, it becomes necessary to consider whether the experiences and perspectives of the more vulnerable or marginalized members of society have been excluded from the law’s development (Andrews v. Law Society of British Columbia, 1987; Corbiere v. Canada, 1999; Egan v. Canada, 1995; Law v. Canada, 1999)*”.

18 “*While law is intended to be a neutral set of rules to govern society, in all countries of the world, laws tend to reflect and reinforce the privilege and the interests of the powerful, whether on the basis of economic class, ethnicity, race, religion or gender*”: UN WOMEN. *Progress of the World’s Women 2010-2011: In pursuit of justice*. UN Publications, 2011, 11.

19 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela* (sobre detención arbitraria). Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 98.

20 Corte IDH. *Caso Campo Algodonero*, párrs. 398, 401.

los estereotipos, usados por otros jueces en las sentencias en el orden interno que están analizando, en la parte de examen de igualdad pero no así en la de examen de imparcialidad. Vuelven al modelo estándar de las garantías judiciales en donde la imparcialidad se presume. Sin embargo, *¿por qué no partir de la presunción de parcialidad cuando en la primera parte de la sentencia se concluyó que hubo una violación de la prohibición de discriminación estructural por uso de estereotipos?* (apdo. 3). Concluyo así que el análisis de estereotipos requiere re-interpretar la concepción estándar de imparcialidad porque no está concebida desde modelos de desigualdad estructural.

1. ESTEREOTIPOS: CONCEPTO DE TRABAJO

Existen diversos ensayos acerca de la definición de estereotipos. Al respecto, la sociología, la psicología social y la antropología llevan la delantera por la especialidad del tema. El derecho es receptor y traductor de esos trabajos. Sin embargo, esto no debe causar miedo. El análisis de estereotipo es de fácil aplicación; con lo que no se admiten excusas para no evitar su uso en la argumentación jurídica²¹.

A los efectos de este artículo basta con la explicación clara y sencilla de estereotipos²² arrimada en forma reciente por Verónica Undurraga para un público no especializado en la materia, pero que a su vez está urgido de conocerla para no incurrir en ellos:

Los estereotipos de género son creencias sobre los atributos de mujeres y hombres, que cubren desde rasgos de personalidad (las mujeres son más subjetivas y emocionales, los hombres son objetivos y racionales), comportamientos (las mujeres son más pasivas sexualmente, los hombres son más agresivos en ese

21 Además, el artículo 5(a) CEDAW y los artículos 6(b) y 8(b) de la Convención de Belem do Para, establecen la obligación estatal de erradicar los estereotipos de género; por tanto, mal puede ser usado como “razón” para justificar un trato en desmedro de la persona afectada.

22 La Corte IDH, en el *Caso Campo Algodonero* (párrs. 398, 401), el caso de los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, México, aproxima una definición de estereotipos que reitera en el reciente *Caso Gutiérrez Hernández c. Guatemala*: “el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de las mujeres, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales”. Corte IDH. *Caso Gutiérrez Hernández c. Guatemala*. Sentencia 24 de agosto de 2017, párr. 169, y *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, párr. 180. La Corte IDH se inspira en las producciones de la CEDAW al respecto. COMITÉ CEDAW. *Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*. 30.º período de sesiones, 2004.

plano), roles (las mujeres deben asumir las tareas de cuidado y el hombre ser el proveedor), características físicas (las mujeres son más débiles que los hombres) y de apariencia (los hombres deben ser masculinos), ocupaciones (las carreras de armas no son para las mujeres, los hombres no pueden ser parvularios) y supuestos de orientación sexual (las lesbianas son egoístas y no priorizan el interés de sus niños; los gays son promiscuos)²³.

Identificar estas imágenes estereotipadas²⁴, enunciarlas, nombrarlas, desmascararlas²⁵ ayuda para plantear y comprender el problema del caso; desarrollar las razones que se alegan para justificar la afectación de los derechos y evaluarlas mediante un examen bien estricto de igualdad, dejando al desnudo la discriminación por género u orientación sexual o identidad de género. Esas imágenes estereotipadas reflejan (y refuerzan) la distribución desigualitaria de poder que pone a un colectivo en lugar de subordinación (dominación o sometimiento) y al otro, nuevamente por la asignación de roles sociales en su desmedro, en lugar de aventajado o de privilegio: “la injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para desarrollar y ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance”²⁶. Esta relación entre estereotipos y desigualdad estructural conecta con el siguiente apartado.

2. ESTEREOTIPOS Y DESIGUALDAD ESTRUCTURAL

El análisis de estereotipos en la jurisprudencia de la Corte IDH parece ir de la mano de la desigualdad estructural²⁷ En el caso *Atala vs. Chile* (2012),

23 UNDURRAGA, ob. cit.

24 Ver COOK, R. y CUSACK, S. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Bogotá: Profamilia, 2010; Cardoso Onofre de Alencar, Emanuela, “Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N.º 9 (Octubre 2015 - Marzo 2016), pp. 26-48. Sobre análisis de jurisprudencia desde perspectiva de género, v. CECILIA EZPELETA, CARMEN COLAZO y LAURA CANTORE, “Igualdad, género y constitución: aportes feministas para la reformulación del principio de igualdad. Análisis de fallos relevantes desde una perspectiva de género(s)”, en GROSMAN, LEGARRE, RIVERA, ELÍAS (coord.), *Tratado de Derechos Constitucionales*, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, pp. 958-1031; DÍAZ ALDERETE, ELMINA ROSA, “Perspectiva de género en las sentencias judiciales y en el ámbito jurídico”, *LLNOA* 2013 (septiembre), p. 825.

25 “Llamar a las cosas por su nombre y mostrar que ciertas formas de nombrar son violentas es tarea pendiente para el poder judicial”: DEZA, S. Brujas, estereotipos de género y violencia simbólica. *LLNOA* 2013 (agosto), 719 (824).

26 YOUNG, I. *Responsibility for Justice*. Oxford: OUP, 2011, 69.

27 En general, sobre el desarrollo de la desigualdad estructural en la jurisprudencia de la Corte IDH, ver *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, 2016, en especial el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor, párrs. 72-80, 81-96. En la sentencia, la Corte

sobre discriminación por orientación sexual y género, la Corte IDH enfatiza “que algunos actos discriminatorios [...] se relacionaron con la reproducción de estereotipos²⁸ que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales [...], particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno”²⁹. El caso *Atala Riffo vs. Chile* trata sobre discriminación por orientación sexual y género en el caso de una mujer divorciada, a la que se le revoca judicialmente la tuición (tenencia) de sus tres niñas por haber iniciado una relación con otra mujer. No es objetivo de este trabajo hacer un análisis pormenorizado del caso, realizado ya por la abultada literatura escrita sobre el tema³⁰. Tomo el caso *Atala* por la relación entre igualdad e imparcialidad que no fue explorada aún con la profundidad debida.

La sentencia desenmascara estereotipos en la argumentación de las decisiones que se tomaron en el orden interno. La Corte IDH aclara que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) bajo el término “otra condición social” establecido en su artículo 1.1^[31]. Concluye que “está

concluye que el Estado violó el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas (art. 6.1 CADH, entre otros), en perjuicio de los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 en la Hacienda Brasil Verde, listados en el párrafo 206 de la sentencia; y también en el caso de un niño en el momento de los hechos (art. 19 CADH). La Corte IDH (párr. 343) reconoce expresamente la existencia de una *discriminación estructural histórica* dado el contexto en el cual se suscitaron las violaciones de derechos humanos de las 85 víctimas.

28 Ver Corte IDH. *Caso Atala vs. Chile*, referencias a estereotipos en párrs. 125 y 146; en relación con la utilización de argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión interna, ver párrs. 118, 119, 125, 130, 140, 145, 167, 179, 237, 267 y 271.

29 Corte IDH. *Caso Campo Algodonero*, párrs. 398, 401, 208. La Corte habla de violencia de género en un contexto de discriminación estructural contra las mujeres, incluso avanza en el análisis de los estereotipos de género como manifestación y causal de discriminación. Ver, asimismo, Corte IDH. *Caso Gutiérrez Hernández vs. Guatemala*, párr. 170; ver *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 209.

30 Sobre el *Caso Atala* en general, ver VON BOGDANDY, A., MORALES ANTONIAZZI, M. y PIOVESAN, F. *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*. México, DF: Porrúa, 2012; RONCONI, L. y ALDAO, M. Una oportunidad de ampliar el principio de igualdad en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. N.º 2011-III (Junio), 262-276; CLÉRICO, L. (2012). Impacto del caso Atala. Posibilidades y perspectivas. En: VON BOGDANDY, MORALES ANTONIAZZI y PIOVESAN, ob. cit. y en Contextos: www.biblio.juridicas.unam.mx; CONTESSÉ, J. ¿La última palabra? *Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2013. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf (Último acceso: 09/01/2018); CODDOU McMANUS, A. Addressing poverty through a transformative approach to anti-discrimination law in Latin America. En: FORTES, P., BORATTI, L., PALACIOS LLERAS, A. y GERALD DALY, T. (coords.). *Law and policy in Latin America*. London: St Antony's Series, Palgrave Macmillan, 2017; entre muchos otros.

31 Sobre la aplicación de la jurisprudencia del TEDH en esta parte de la sentencia y sobre un estudio de derecho comparado de esta y de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre discriminación

*proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual*³². Así, cuando una clasificación está prohibida en principio, significa que el Estado que quiera excluir a alguna persona de lo que le otorga a otra debe basar esa distinción en razones de peso que nada tengan que ver con la orientación sexual de las personas. La Corte IDH analiza si existió un “vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile³³ y del Juzgado de Menores de Villarrica³⁴ sobre tuición (tenencia). En ambos casos, la Corte IDH constata que “tuvieron como fundamento principal la orientación sexual de la señora Atala”. Así, “concluye que se realizó una diferencia de trato basada en” la orientación sexual³⁵. Entonces, un trato diferenciado *en desmedro* de los derechos de una persona LGBTI nunca podría ser justificado por la orientación sexual, sería una suerte de razón excluida de la argumentación. Esta condición no puede ser tenida en cuenta como elemento para decidir sobre una tuición o custodia o tenencia en aras del interés superior de las niñas. Por ello, el trato diferenciado

por orientación sexual, ver ABRUSCI, E. A tale of convergence? Discrimination based on sexual orientation in regional human rights bodies and the Human Rights Committee. *Nordic Journal of Human Rights*. 35:3, 2017, 240-257.

32 *Caso Atala*, párrs. 86-92, 91.

33 *Caso Atala*, párr. 97: la Corte IDH “constata que la Corte Suprema de Justicia de Chile invocó las siguientes razones para fundamentar su sentencia: i) el presunto ‘deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenv[olv]ía la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual’ y los ‘efectos que esa convivencia p[odía] causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas’; ii) la alegada existencia de una ‘situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deb[ían] ser protegidas’ por ‘la eventual confusión de roles sexuales que p[odía] producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino’; iii) la supuesta existencia de ‘un estado de vulnerabilidad en su medio social’ por el presunto riesgo de una estigmatización social, y iv) la priorización de los intereses de la señora Atala [con respecto] a los de las menores de edad ‘al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual’. *Estos argumentos y el lenguaje utilizado muestran un vínculo entre la sentencia y el hecho [de] que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indica que la Corte Suprema otorgó relevancia significativa a su orientación sexual*” (cursiva agregada).

34 *Caso Atala*, párr. 98 (con referencias a párrs. 40, 41 y 97): la Corte IDH “observa que el Juzgado de Menores de Villarrica utilizó como fundamentos: i) que supuestamente la señora Atala había privilegiado sus intereses sobre el bienestar de sus hijas [...] y ii) que en ‘el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional’ el padre ofrecía una mejor garantía del interés superior de las niñas [...] *Al respecto, la Corte constata que, al igual que en la sentencia de la Corte Suprema [...], la decisión de tuición provisoria tuvo como fundamento principal la orientación sexual de la señora Atala, por lo que este Tribunal concluye que se realizó una diferencia de trato basada en esta categoría*” (cursiva agregada).

35 *Ibid.*

debería basarse sobre razones independientes de la orientación sexual de las personas, de lo contrario se incurre en discriminación.

Para no incurrir en discriminación,

... es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. *De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo*³⁶ vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales³⁷.

La Corte IDH sostiene en este sentido que “es el Estado el que tiene la *carga de la prueba* para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la *existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas*”³⁸. Este *estándar es mucho más exigente* que el del mero daño especulativo esgrimido por las sentencias en los procesos de tuición (tenencia). En el caso, el tribunal interno se limitó a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas³⁹. Para aprobar con éxito el estándar del daño concreto, específico y real, es necesario que en las decisiones judiciales sobre temas de tuición *se definan de “manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo” del niño o la niña*. Esta relación de conexidad no queda demostrada si el Estado alega:

a) la pre-concepción de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales⁴⁰;

b) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por la orientación sexual de la señora Atala (antes bien, es el Estado el obligado a que los niños y niñas no sean discriminados en las escuelas);

c) la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas, toda vez que esto está basado en un estereotipo de género que supone que una “buena mujer” pospone cualquier cosa por la crianza de sus niñas, suponiendo a su vez que una madre lesbiana es una mala madre, y

36 *Caso Atala*, párrs. 109-111.

37 *Caso Atala*, párr. 125; cursiva agregada.

38 Párr. 124; y cfr. párr. 131.

39 Párr. 129, con cita de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004.

40 Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, t. v, fl. 2672). Corte IDH, párrs. 123, 131, 127 y 130.

d) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre⁴¹ (“modelo tradicional”), cuando la Corte IDH tiene jurisprudencia que reitera que la CADH protege una pluralidad de familias y no solo la que responde a la tradicional.

En suma, detrás de todas las razones alegadas por el Estado subyace algún estereotipo referido a la orientación sexual de las personas, al género o a la concepción tradicional de la familia. La Corte IDH en el caso *Atala* realiza un examen de igualdad en una versión de escrutinio bien estricto.

Por lo demás, en la parte final de la sentencia la Corte IDH amplía la mirada incluyendo el *contexto* en el que se produce la (des)igualdad. Así relaciona la reproducción de estereotipos con, insistimos, “*la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales*”. Por ello, concluye que “*algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora⁴² de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo⁴³ hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGBTI*”⁴⁴.

Esta argumentación se puede reconstruir en clave de identificación de estereotipos, consideración del contexto para ubicar el carácter estructural de la discriminación contra el colectivo LGBTI, descalificación de los argumentos que se basan en estereotipos, aplicación de un examen intensivo de igualdad⁴⁵. Asimismo, la sentencia ve correctamente que el modelo dominante desde el

41 Corte Suprema de Justicia de Chile, Sentencia de 31 de mayo de 2004, cit.

42 Respecto de las medidas reparatorias y de no repetición con “vocación transformadora”, ver párrs. 271 y 272. “... la Corte ordena que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGBTI. Los cursos deben estar dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial. [...] Debe ponerse especial atención para este efecto, en normas o prácticas en el derecho interno que, sea intencionalmente o por sus resultados, pueden tener efectos discriminatorios en el ejercicio de derechos por personas pertenecientes a las minorías sexuales”.

43 En similar sentido, cfr. *Caso González y otras* (“Campo Algodonero”), párr. 450.

44 *Caso Atala*, párr. 267.

45 Así lo reiteró recientemente la Corte IDH en el *Caso Flor Freire vs. Ecuador* sobre discriminación por orientación sexual. Con cita del examen de igualdad intensivo en el *Caso Atala* (párr. 125), precisó: “tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. En efecto, es el Estado quien tiene la carga de la prueba para mostrar que la diferencia de trato entre los actos sexuales homosexuales y los llamados ‘actos sexuales ilegítimos’ se encuentra justificada, sin fundamentar su decisión en estereotipos” (párr. 129). Cfr. *Caso Duque vs. Colombia*, párr. 106 y *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, párr. 257.

que se concibe la orientación sexual genera identidades menospreciadas⁴⁶. Este fue el motor para quitarle la tuición (tenencia) de las niñas a la señora Atala.

Sin embargo, esta es solo una cara de la moneda. Las subjetividades no respetadas padecen mayores obstáculos para acceder, permanecer y ser promovidas en el mundo del trabajo formal y remunerado⁴⁷. Es el caso de muchas mujeres. Incluso, aquellas que tienen acceso a cargos de jueza, como la señora Atala, pueden sufrir la iniciación de procesos disciplinarios o similares⁴⁸. La Corte IDH considera que este procedimiento se inició por la orientación sexual de la señora Atala y es tachado por parcial. Esta faz de la sentencia habla de que las identidades desaventajadas sufren perjuicios en el acceso, permanencia y promoción en sus trabajos, entre otras. Habilitaría entonces poner de relieve que el problema está también en la estructura⁴⁹

46 Se trata de una concepción de igualdad como reconocimiento que busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de estatus dentro de la sociedad y en el aumento de la brecha entre unos y otros. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es *la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales*. En este sentido proponen la reevaluación de subjetividades no respetadas, en nuestro caso, la de los colectivos LGBTI. CLÉRICO, L. y ALDAO, M. Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. *Revista Estudios Constitucionales*, Facultad de Derecho, Universidad de Talca. Julio de 2011. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf> (Último acceso: 8/1/2018). FRASER, N. *Iustitia interrupta*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 1997. FRASER, N. *Escalas de justicia*. Barcelona: Herder, 2008.

47 El caso claro es el de las personas trans. CIDH. *Informe sobre la "Violencia contra personas LGBTI"*, 2015. A su vez, en forma más específica, la Relatora Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la CIDH, Soledad García Muñoz, dijo que "[l]as políticas de reconocimiento que avanzan en la región, referidas por ejemplo a leyes de no discriminación, identidad de género, unión civil o matrimonio igualitario, deben suponer también avances en el acceso a los derechos a la educación, la salud, el trabajo, entre otras, tanto de las personas LGBTI como de sus familiares, sin discriminación. Desde la perspectiva de indivisibilidad de derechos, el progreso en derechos civiles debe expresarse en avances en el acceso a los DESCAs". Ver CIDH. Comunicado de Prensa, "En el Día Internacional de la Memoria Trans, la CIDH urge a los Estados a garantizar el pleno acceso de las personas trans a sus derechos económicos, sociales, y culturales", 20 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/185.asp> (Último acceso: 21/11/2017).

48 Entrevista a la jueza Karen Atala. Lesbofobia de Estado. *Diario Página 12*. 16 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/44360-lesbofobia-de-estado> (Último acceso: 11/11/2017): "Las mujeres lesbianas cargamos con los prejuicios machistas. *Ya de partida nos cuesta posicionarnos en nuestros espacios de trabajo, nos cuesta la equidad de sueldos para las mismas tareas. Súmale además a esa mochila el hecho de que eres lesbiana*. Es muy poco visible el lesbianismo en los espacios públicos" (cursiva agregada).

49 Ver AÑÓN, M. J. Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía*, 2013, 140: "la valoración del contexto, de los efectos de la norma y *la especificación del patrón de discriminación* es necesaria no sólo para detectar los estereotipos, sino sobre todo [...] para comprender hasta qué punto son perjudiciales" (cursiva agregada).

institucional y socio-económica que genera desigualdad⁵⁰ y que pone a las mujeres en posición de ser pasibles de ser postergadas y sancionadas en su trabajo por su género y orientación sexual⁵¹. Esto conecta en parte con el siguiente apartado porque se aborda con ocasión del tratamiento de la garantía de imparcialidad.

3. ESTEREOTIPOS, DESIGUALDAD Y MÁS ALLÁ: LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL

En varias normas de los ordenamientos vigentes en la región se establece la garantía de imparcialidad de los y las juzgadoras como parte de las garantías judiciales (p. ej., art. 8.1^[52] de la CADH)⁵³. El deber de imparcialidad pretende lograr dos objetivos: a) “evitar acciones interesadas o favoritismos” u hostigamientos hacia alguna de las partes⁵⁴, y b) obligar a motivar la sentencia con argumentos objetivos y razonables.

50 CLÉRICO, L. y ALDAO, M. La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca. Año 9, n.º 1, 2011, 167. Disponible en: http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_9_1_2011/08.%20LA%20IGUALDAD_CLERICO_ALDAO.pdf (Último acceso: 9/1/2018).

51 La CIDH advierte la estrecha relación entre la violencia de género y la falta de acceso a los derechos sociales, económicos y culturales; ver CIDH. *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*. OEA/Ser.L/V/II.143, Doc. 59, 3 de noviembre de 2011, párr. 25. Por el otro lado, en forma más reciente en CIDH. *Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica*. Canadá, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 30/14, 21 de diciembre de 2014, y en CIDH. *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*, 2017, 59 ss.

52 El artículo 8.1 CADH (Garantías Judiciales) establece: “1.Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”. Ver, en general sobre imparcialidad y concepciones del derecho, AGUILÓ REGLA, J. Imparcialidad y aplicación de la ley. *Estudios de Derecho Judicial*. N.º 151, 2008, 139-165.

53 En este trabajo no me detengo en la garantía de independencia judicial. Si bien la garantía de independencia y la de imparcialidad están conectadas, sigo aquí a la Corte IDH que las presenta como garantías autónomas: “Al respecto, la Corte resalta que si bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, también es cierto que tienen un contenido jurídico propio. Así, esta Corte ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces”. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 55.

54 Documento de Trabajo n.º 1, Proyecto de Investigación PIH 603: “La ética judicial frente

La garantía de imparcialidad busca asegurar la figura del “tercero imparcial”⁵⁵ en la solución de la contienda; antes, durante y después del proceso. Se suele ilustrar en forma metafórica con la estatua de la justicia que tiene sus ojos vendados, como símbolo de que al pleito se llega libre de pre-juicios, pre-conceptos, sesgos e imágenes pre-concebidas sobre las y los justiciables; y sin haberse pronunciado con anterioridad respecto del objeto del proceso⁵⁶. Si bien la metáfora ayuda en algún sentido a ilustrar los elementos de la imparcialidad, hay algo en esa metáfora que produce ruido. El mármol está esculpido, la imparcialidad aparece en un lugar “mítico”, se supone que la imparcialidad está dada. Sin embargo, me pregunto si esa escultura no fue moldeada de acuerdo con la garantía de imparcialidad que no vislumbraba los sesgos que devienen del uso de estereotipos contra los colectivos que típicamente aparecen desaventajados en nuestra región. E insisto, padecen discriminación por estereotipos de género, orientación sexual, identidad de género, situación de discapacidad, de desplazamiento, de condición de pobreza, étnicos, entre otros. Invito así a re-pensar las molduras de la escultura, volviendo la mirada sobre la relación entre imparcialidad, estereotipos e igualdad; y aún más en el contexto de desigualdad estructural para la cual la versión estándar tribunalicia de imparcialidad no fue pensada⁵⁷. Así, la garantía de imparcialidad requiere ser re-pensada a la luz de una moldura

a la resolución de casos difíciles”, Facultad de Derecho, UBA, 2017: “Un juzgador/a puede ser parcial respecto del objeto de la contienda o de las personas partes en la contienda. Es parcial respecto del objeto de la contienda cuando un determinado resultado lo beneficia o perjudica. Es parcial respecto a las personas cuando tiene simpatía o antipatía por una de las partes, es decir que la parcialidad sobre las personas puede ser tanto positiva (para favorecer) como negativa (para perjudicar). Por último, la parcialidad (positiva o negativa) sobre las personas puede ser por razones individuales o relativas a clases de individuos. Es individual cuando un juzgador/a es parcial (positiva o negativamente) porque la parte es o bien amigo o bien enemigo; me cae bien o me gusta alguien o no me cae bien o no me gusta. *Es por razones relativas a clases de individuos cuando la parcialidad la simpatía o antipatía proviene del hecho de que la parte pertenece a un determinado colectivo* (ideología, género, condición social, etc.)” (cursiva agregada).

55 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párrs. 63-64; Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 177, sobre excusación y recusación como herramientas que brindan confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales

56 Usa esta imagen para ilustrar el ideal de imparcialidad Contesse Singh, J. Implicancias y recusaciones: el caso del Tribunal Constitucional. Informe en derecho sobre la inhabilidad constitucional para conocer de un caso en el que se ha vertido opinión pública con anterioridad. *Revista Ius et Praxis*. Año 13, 2007, n.º 2, 394, entre muchos otros.

57 L'HEUREUX-DUBÉ, C. Beyond the myths: Equality, impartiality, and justice. (2001) 10(1) *Journal of Social Distress and the Homeless* 87,102, sosteniendo: “*Together, our overarching goal must be to ensure that substantive equality and impartiality are the predominant reality in our courts and in our communities, rather than a mythical ideal. The more we strive to reach this goal, the more myths and stereotypes will be eradicated from the law, where they have no rightful place. With every success, we will be one step closer to attaining our goal of doing justice for all*” (resaltado agregado).

viviente que sea porosa a las interpretaciones progresivas de igualdad que se están produciendo en la región.

En su versión estándar desarrollada por el TEDH, a la que la Corte IDH adhiere, se caracteriza a la imparcialidad teniendo en cuenta una faz subjetiva y otra objetiva, conocida también como doble dimensión de la imparcialidad. Incluso se exige apariencia de imparcialidad: “Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho”⁵⁸.

La faz subjetiva se refiere a la actitud personal del juez o la jueza en relación con las partes en la causa. En forma metafórica, debe llegar y permanecer sin ataduras previas respecto de las partes. Debe atarse al mástil de la justicia y no sucumbir ni con carácter previo ni durante la travesía al canto de las sirenas que proviene de cada una de las partes. Si sucumbe, se estrella contra la costa de la parcialidad. Esto le impide llegar a buen puerto, es decir, ejercer la *juris dictio* (decir el derecho) en forma correcta, hacer justicia. Los cantos de las sirenas son variados, cambian de acuerdo con el contexto. Esos cantos que inclinan la mirada hacia una de las partes pueden ser de “amistad, enemistad, simpatías o antipatías, razones políticas, religiosas u otras, lucro personal o dádivas ilícitamente ofrecidas y obtenidas”⁵⁹, sesgo de clase, de género, entre otros. En suma, “se trata de que el juez tenga la capacidad de tomar la distancia necesaria y que se resista a sucumbir a cualquier influencia de carácter subjetivo”⁶⁰. La Corte IDH sostiene a la luz de su jurisprudencia, que reitera en el caso *Atala*: “la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio”. En cuanto a la faz objetiva, exige “garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”.⁶¹ El Tribunal Constitucional Español explica, tomando como inspiración la jurisprudencia del TEDH:

58 Corte IDH. *Caso Atala vs. Chile*, párr. 189.

59 Sobre esta doctrina en la jurisprudencia del TEDH y el diálogo con la de la Corte IDH, véase CATALÁ BAS, A. H. y ORTIZ TORRICOS, M. La comunicación horizontal y vertical en los sistemas estadounidense y europeo de protección de derechos humanos a propósito del derecho al juez natural. Hacia un derecho global de los derechos humanos. *Estudios de Deusto*. Vol. 65, 2017, n.º 1, 73-121 (91), quienes ilustran con claridad la relación entre independencia e imparcialidad judicial, sosteniendo que “no es suficiente que un Juez o Tribunal a tiempo de resolver una causa actúe de manera independiente, sino que es necesario que el mismo sea imparcial y que la única razón que lo guíe sea la correcta administración de justicia, sin desviar sus apreciaciones a ningún tipo de consideración”.

60 Corte IDH. *Caso Norín vs. Chile*, párr. 23 del voto de los jueces Ferrer Mac-Gregor y Ventura.

61 Corte IDH. *Caso Atala vs. Chile*, párr. 189.

La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto [...]; por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en el litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan⁶².

Por lo demás,

... mientras que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona⁶³.

Asimismo, en el caso *Herrera Ulloa* advierte la Corte IDH:

... bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. *Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso*⁶⁴. (Cursiva fuera de texto).

Como adelanté en la introducción de este trabajo, los supuestos de parcialidad parecen haber sido pensados en un marco donde la igualdad en el acceso a la justicia, en el uso de las armas procesales, es el punto de partida y de llegada. Esto sesga la visión del problema. Parece estar pensado para casos aislados, para favoritismos u hostigamientos personales, donde se percibe de alguna manera la intencionalidad. Así entonces, se concibe la presunción a favor de la imparcialidad personal o subjetiva salvo prueba en contrario. Por lo demás, “la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona”⁶⁵. Sin embargo, ¿no debe cambiar el sentido y visión del problema de la imparcialidad cuando la

62 STC 162/1999, de 27 de septiembre.

63 Corte IDH. *Caso Atala vs. Chile*, párr. 189.

64 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 170, con referencias al TEDH: *Pabla KY v. Finland*. Sentencia de 6 de junio de 2004, párr. 27; *Morris v. The United Kingdom*. Sentencia de 26 de febrero de 2002, párr. 58.

65 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 56, con referencias al TEDH: *Pullar vs. Reino Unido*. Sentencia de 10 de junio de 1996;

sospecha de la inclinación del juez o jueza –y más allá de la intencionalidad percibida– deviene por actos “discriminatorios” cuando se relacionan “con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales”, en especial, “en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno”? Aún más cuando, por ejemplo, “la creación y uso de estereotipos⁶⁶ se convierte en una de las causas y consecuencias⁶⁷ de la violación de los derechos de las personas afectadas.

A mi entender, este es el trasfondo del argumento planteado por la CIDH⁶⁸ y los representantes de la señora Atala en el caso “*por la aproximación estereotipada de los jueces al caso*”⁶⁹. La CIDH sostiene que, “al considerar [la] orientación sexual” de la señora Atala como “un elemento fundamental de su habilidad para ser madre, así como el uso evidente de prejuicios discriminatorios”, esta “no contó con la garantía de imparcialidad”. Y en este sentido los representantes de la señora Atala agregan que había “*violación a la garantía de imparcialidad judicial porque la decisión de la Corte Suprema se sustenta[ba] sobre un prejuicio y carec[ía] de sustento racional y jurídico*”⁷⁰.

Este trasfondo no es comprendido por la Corte IDH en su totalidad. ¿Por qué? La Corte IDH debió haber vuelto a barajar las cartas de distribución de la prueba en relación con la imparcialidad. Por lo menos debió haber aplicado la carga de la prueba dinámica⁷¹. Haber dictado en la primera parte de la sentencia que hay violación al mandato de igualdad por uso de estereotipos y prejuicios en contra de la afectada es un indicio fuerte que pone en duda la imparcialidad judicial. Entonces es el Estado quien debería demostrar que no se incurrió en parcialidad judicial en el orden interno.

Fey vs. Austria. Sentencia de 24 de febrero de 1993; *Daktaras v. Lituania*; *Piersack vs. Bélgica*. Sentencia de 1 de octubre de 1982; *De Cubber vs. Bélgica*. Sentencia de 26 de octubre de 1984.

66 Sobre la diversidad y la garantía de imparcialidad, Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, UN Doc A/66/289 (2011), párrs. 23-24.

67 Corte IDH. *Caso Campo Algodonero*, párrs. 398 y 401.

68 Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 179.

69 Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 179.

70 Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 180 (cursiva agregada).

71 Si bien no se refiere a casos interamericanos, sino a la garantía de imparcialidad en el derecho comparado, sirve aquí lo que advierte Contesse Singh: “el estándar seguido por estas jurisdicciones constitucionales [se refiere a la española y a la Suprema Corte de Estados Unidos] es uno que pone de lado del juzgador la carga de la prueba en todo caso en que ‘razonablemente’ se pueda dudar acerca de su imparcialidad. O, como acaece en el caso español, aunque el estándar está fijado por el Tribunal Constitucional en términos diferentes, lo hace con igual propósito, cual es custodiar que no exista siquiera margen de duda sobre la objetividad del tribunal”. Contesse Singh, J. Implicancias y recusaciones: el caso del Tribunal Constitucional. Informe en derecho sobre la inhabilidad constitucional para conocer de un caso en el que se ha vertido opinión pública con anterioridad. *Ius et Praxis*. Año 13, 2007, n.º 2, p. 394. Cfr. BOUZAT, A. Acerca de la garantía constitucional del juez imparcial. *Revista de Doctrina Costa Sud*. N.º 14, marzo de 2006.

Sin embargo, la Corte IDH siguió sosteniendo la carga de la prueba en cabeza de la afectada y la presunción de imparcialidad en favor del Estado. Esto es difícil de conciliar cuando se trata de un supuesto de desigualdad estructural que la Corte IDH admite se dio en el caso. La segunda prueba de fuego está en la garantía de imparcialidad: la Corte IDH quedó presa ahí del sesgo de género. Un paso para atrás. La *argumentación se interrumpe*. La interrupción es objetable. Veamos.

La garantía de imparcialidad se discute en dos momentos. Uno está relacionado con (a) la imparcialidad de los jueces en el orden interno cuando decidieron quitarle la tuición de las niñas a la señora Atala. El segundo está en relación con (b) el proceso disciplinario iniciado contra la señora Atala como jueza. Los resultados de la Corte IDH son dispares. En el primer supuesto no se violó la garantía de imparcialidad (a). Por el contrario, sí se violó en el segundo supuesto (b).

3.1. La garantía de imparcialidad en relación con la sentencia de la Corte Suprema

El punto de partida es para la Corte IDH la presunción a favor de la imparcialidad. Esa presunción debe ser derribada por la afectada y la CIDH, sobre quienes pesa la carga de la prueba y un estándar exigente: salvo claridad en la parcialidad, la presunción se sostiene. En cuanto al tipo de prueba, les son requeridos “elementos probatorios específicos y concretos”. En este sentido, no alcanza para la Corte IDH con que en la primera parte de la sentencia se hayan “declarado algunas violaciones a la Convención (párrs. 146, 155 y 178)”. La prueba debe indicar “que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales”. *El estándar de la prueba devela una deferencia hacia el Estado. Salvo que la imparcialidad sea “clara”, se sostiene la presunción. Esto contrasta fuertemente con el estándar intensivo que justificadamente aplica en el examen de igualdad*. Si los estereotipos utilizados en las sentencias⁷² develan discriminación estructural, ¿no habría acaso que dudar de la imparcialidad y someter el caso a un análisis estricto de imparcialidad? La Corte IDH sostiene una posición deferente hacia el Estado⁷³.

72 Ver, p. ej., párr. 145: “En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una ‘familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social’, y no en una ‘familia excepcional’, refleja una *percepción limitada y estereotipada* del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la ‘familia tradicional’)” (cursiva agregada).

73 Respecto de la imparcialidad subjetiva sostuvo: “ni la Comisión ni los representantes han aportado elementos probatorios específicos para desvirtuar la presunción de imparcialidad subjetiva de los jueces”. Respecto de la imparcialidad objetiva agregó: “Tampoco se han aportado

Insisto en que el uso de estereotipo en las sentencias internas eleva la fuerte sospecha de que el juez no se puso en alerta interpretativa y que, lo haya querido o no, no actuó “única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho”, en tanto falta una motivación objetiva y razonable. Por todo ello, es difícilmente aceptable la actitud deferente de la Corte IDH hacia el Estado respecto del uso de estereotipos que son causa y consecuencia de la discriminación a un colectivo que se encuentra en situación de desigualdad estructural.

Aceptar la deferencia puede lanzar la señal de que la Corte IDH tolera el uso de estereotipos por parte de los jueces y juezas, puesto que a pesar de implicar una violación a la prohibición de discriminación, no impacta en la evaluación de la imparcialidad, que se sigue rigiendo por la versión estándar. No es lo mismo sostener que una sentencia viola la prohibición de discriminación que sostener que viola la prohibición de discriminación y el debido proceso por parcialidad⁷⁴.

La Corte IDH concluye que el Estado no violó la imparcialidad en relación con la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el presente caso⁷⁵. Esta conclusión es endeble. No está justificada por medio de un examen minucioso. Este último examen era el esperado teniendo en cuenta que estamos en presencia de “actos discriminatorios [...] [que] se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica” contra el colectivo LGBTI. Esa reproducción de estereotipos se vio cristalizada a través de las expresiones o razonamientos en la sentencia de la Corte de Justicia en el caso⁷⁶. Entonces, ¿qué más espera la Corte IDH de la afectada y de la CIDH cuando sostiene que la falta de imparcialidad judicial debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos que indiquen que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales?

elementos convincentes que permitan cuestionar la imparcialidad objetiva de los jueces en la sentencia de la Corte Suprema”. Y agrega: “una interpretación de las normas del Código Civil chileno en forma contraria a la Convención Americana en materia del ejercicio de la custodia de menores de edad por una persona homosexual no es suficiente, en sí misma, para declarar por este Tribunal una falta de la imparcialidad objetiva”. Corte IDH. *Caso Atala vs. Chile*, 2012, párr. 191.

74 L'HEUREUX-DUBÉ, C. Beyond the myths: Equality, impartiality, and justice. 10(1) *Journal of Social Distress and the Homeless*. 2001, 87, 88, sosteniendo que las afectadas “*should be able to rely on a [justice] system free from myths and stereotypes, and on a judiciary whose impartiality is not compromised by these biased assumptions*” (cursiva agregada).

75 Párr. 192. Cinco jueces votaron por la no violación, es decir, los jueces García-Sayán, Ventura Robles, Franco, Abreu Blondet y Pérez Pérez. La jueza Margarete May Macaulay votó respecto de este punto en disidencia, con lo que se desprende que consideró que había violación de la garantía de imparcialidad.

76 Párr. 145.

En palabras de la Corte IDH, los jueces “utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión”⁷⁷, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Esto está probado en la sentencia⁷⁸. Entonces, la Corte IDH debió haber tomado en serio esta señal. Se debió haber puesto en duda razonable la garantía de imparcialidad. Se debió haber corrido la carga de la prueba al Estado. Es este el que debió haber demostrado que no existió parcialidad. La Corte IDH debió haber seguido, por lo menos, este camino. Se quedó corta, *interrumpió* la potencialidad del análisis de estereotipos antes de tiempo. Tenía combustible suficiente para seguir. El freno argumentativo es incoherente con la primera parte de su sentencia.

La Corte IDH ha vuelto a incurrir en la misma incoherencia en el *caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile* de 2014⁷⁹. Ahí también reconoce que las sentencias internas que condenaron a los afectados y afectadas, comuneros mapuches, por “la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación” del principio de igualdad y no discriminación y del derecho a la igual protección de la ley (arts. 24 y 1.1 CADH)⁸⁰. Y, si bien la Corte condenó al Estado, por violación de derechos humanos de comuneros Mapuches, por criminalización de la protesta social, eludió ocuparse de la cuestión de la garantía de imparcialidad.

Sin embargo, esta omisión fue advertida en el voto de los jueces Ferrer Mac-Gregor y Ventura en el caso, que sin ambages sostiene que “dichas sentencias contienen expresiones o razonamientos fundados *en estereotipos y prejuicios étnicos negativos y que ello constituye una violación a la garantía de imparcialidad judicial*”. E insiste: “En el marco de la impartición de justicia la discriminación configurada contra las ocho víctimas del presente caso –a quienes se les discriminó con base en estereotipos y prejuicios étnicos negativos con respecto al Pueblo indígena Mapuche y a sus reivindicaciones territoriales– *representa una grave violación al debido proceso legal, ya que las privó de un juez imparcial*”⁸¹.

77 Párr. 146, con referencia a párrs. 118, 119, 125, 130, 140 y 145.

78 P. ej., entre otros, Corte IDH. *Caso Atala vs. Chile*, párr. 140: “la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción ‘tradicional’ sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, la Corte considera que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas”.

79 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

80 *Ibíd.*, párr. 228.

81 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo*

Y concluye, tal como sostuvimos en relación con el caso *Atala* en párrafos anteriores, que “resulta inconsecuente que después de hacer un análisis concienzudo del contenido de las sentencias en las causas penales y habiendo encontrado estas actitudes discriminatorias en la Sentencia –declarando la violación al artículo 24 del Pacto de San José–, el criterio mayoritario de la Corte Interamericana *se haya quedado a medio camino al no concluir que esos mismos hechos probados implican a su vez una violación autónoma* al artículo 8.1 de la Convención Americana; [...] al considerarse vulnerado el derecho a un juez o tribunal imparcial”, en desmedro de las víctimas del caso (art. 8.1 y 1.1 CADH)⁸². En este sentido, nuestra tesis sobre el caso *Atala* encuentra eco implícito en el voto de los jueces Ferrer Mac-Gregor y Ventura en el caso *Norín Catrimán*.

3.2. La garantía de imparcialidad en relación con el proceso disciplinario iniciado contra la jueza Atala

Las afectadas por el uso de estereotipos pueden padecer también obstáculos para el acceso, permanencia o promoción en el mundo del trabajo. Aunque la Corte IDH no lo haya puesto exactamente en esos términos, este es el

Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, voto de los jueces Ferrer Mac-Gregor y Ventura, párr. 42: “Quienes suscribimos el presente voto estimamos que esos razonamientos –que la Corte determinó en los párrafos 227 y 228 de la Sentencia– *que están basados en estereotipos y prejuicios étnicos negativos, exteriorizan que los juzgadores tuvieron prejuicios personales respecto de los imputados y que fueron decisivos para establecer la responsabilidad penal (fundamentalmente la participación en el hecho delictivo o la especial intención terrorista); es decir, incidieron de forma determinante en el análisis de los elementos de la responsabilidad penal*. Como se desprende de los hechos de la Sentencia, estas decisiones judiciales se dan en un contexto en donde medios de comunicación social y partes de la sociedad chilena adoptaron estereotipos desfavorables y concepciones de lo que denominan como la ‘cuestión mapuche’, el ‘problema mapuche’ o el ‘conflicto mapuche’ que deslegitiman la reivindicación de los derechos territoriales del pueblo indígena mapuche y califican su protesta social de forma generalizada como violenta o presentándola como generadora de un conflicto entre el pueblo indígena mapuche y el resto de la población de la zona”. Párr. 43: “Esos razonamientos expuestos por los tribunales en las sentencias, reflejo del contexto antes descrito, acreditan que los juzgadores estuvieron basados en prejuicios en contra de los imputados relacionados con su origen étnico indígena mapuche y su concepción de la protesta social de reivindicación de sus derechos, lo que permite confirmar que era razonable que éstos tuvieran la impresión de que los tribunales que los condenaron carecieron de imparcialidad en los casos concretos al dictar las sentencias penales condenatorias. En el presente caso, nos encontramos ante una diferencia de trato discriminatoria que no tiene una justificación objetiva y razonable, ni persigue un fin legítimo careciendo de una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido, lo cual pone en entredicho el debido proceso protegido por el artículo 8.1 de la Convención Americana” (cursiva agregada).

⁸² Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentencia de 29 de mayo de 2014, voto de los jueces Ferrer Mac-Gregor y Ventura, párr. 44. Cursiva agregada.

trasfondo⁸³ de la contienda cuando se le inicia a la jueza Atala en el orden interno un proceso disciplinario en su contra en relación con el ejercicio de su función. Por un lado, se trataba del uso de personal del juzgado para la confección de un escrito para ser presentado en el expediente en donde tramitaba la revocación de la tuición de sus niñas. Por el otro lado, se relacionaba con la publicación de unas noticias en la prensa sobre la orientación sexual de la jueza. En relación con este punto, la Corte IDH sí condena al Estado por violación a la garantía de imparcialidad, entre otros derechos⁸⁴. La Corte IDH establece que, “si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la jueza Atala por su orientación sexual”, sí se violó la imparcialidad. En el marco de este proceso disciplinario, la jueza Atala recibió la visita de un funcionario judicial, quien luego emitió un informe⁸⁵ en el que se realizaban consideraciones sobre la orientación sexual de la jueza:

En particular, la Corte nota que en el informe de la visita del señor Lillo se establecieron, como conclusión, entre otros, los siguientes hechos: i) que la señora Atala “comenzó a ser visitada en su oficina por una gran cantidad de mujeres a

83 Entrevista a la jueza Karen Atala, Lesbofobia de Estado. *Diario Página 12*. 16 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/44360-lesbofobia-de-estado> (Último acceso: 11/11/2017): “Las mujeres lesbianas cargamos con los prejuicios machistas. *Ya de partida nos cuesta posicionarnos en nuestros espacios de trabajo, nos cuesta la equidad de sueldos para las mismas tareas. Súmale además a esa mochila el hecho de que eres lesbiana.* Es muy poco visible el lesbianismo en los espacios públicos” (cursiva agregada).

84 Corte IDH. *Caso Atala vs. Chile*: el medio establecido por el Estado es el proceso disciplinario para lograr el fin de la protección de la “imagen del poder judicial” (párrs. 219-221). Sin embargo, esto no habilita a utilizar el proceso disciplinario sin justificación. De la sentencia surge que la “imagen del poder judicial” no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. “Además, el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo debe ser concreto y no abstracto. En el caso concreto, el Tribunal no observa relación alguna entre un deseo de proteger la ‘imagen del poder judicial’ y la orientación sexual de la señora Atala. La orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual”. Concluyendo: “si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la señora Atala por su orientación sexual, sí se indagó en forma arbitraria sobre ello, lo cual constituye una interferencia al derecho a la vida privada de la señora Atala, el cual se extendía a su ámbito profesional. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo” (párr. 230).

85 “Además, el Tribunal toma en cuenta las circunstancias de la realización de la visita extraordinaria, ya que antes y durante la visita se llevaron a cabo una serie de interrogatorios a funcionarios y empleados del Juzgado de Villarrica para indagar sobre la orientación sexual y los hábitos de la señora Atala (párrs. 228 y 229). También se observa que las conclusiones del informe de la visita presentadas a la Corte de Apelaciones, en su conjunto, fueron aprobadas por dicha Corte el mismo día que fue presentado dicho informe. La Corte de Apelaciones procedió entonces a imputarle cargos disciplinarios a la señora Atala, entre otras cosas, por su orientación sexual (párr. 215)”.

partir de mediados del 2002”, incluyendo a su pareja “con quien pasaba horas en su oficina”; ii) que la señora Atala “fue visitada en el Tribunal por los padres” de su pareja y que informó que “se trataba de sus suegros”, y iii) que la señora Atala “manifestó su homosexualidad abiertamente” al señor Lillo y “defendió su determinación de comunicárselo abiertamente a los funcionarios y Magistrados del Tribunal”⁸⁶.

Para el análisis de la imparcialidad subjetiva, el Tribunal debe intentar averiguar los intereses o motivaciones personales del juez en un determinado caso⁸⁷. Sin embargo, en esta formulación de la Corte IDH es ella quien aparece en posición activa. Se desdibuja la carga de la prueba tan estricta que en el anterior apartado había puesto en cabeza de la afectada y la CIDH. Es la Corte IDH quien indaga en el lenguaje de los informes, en los hechos, en las circunstancias que lo rodearon, para sostener que

... el Tribunal toma en cuenta las circunstancias de la realización de la visita extraordinaria, ya que antes y durante la visita se llevaron a cabo una serie de interrogatorios a funcionarios y empleados del Juzgado de Villarrica para indagar sobre la orientación sexual y los hábitos de la señora Atala⁸⁸. También se observa que las conclusiones del informe de la visita presentadas a la Corte de Apelaciones, en su conjunto, fueron aprobadas por dicha Corte el mismo día que fue presentado dicho informe. La Corte de Apelaciones procedió entonces a imputarle cargos disciplinarios a la señora Atala, entre otras cosas, por su orientación sexual⁸⁹.

Concluye así:

... existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto. Por el contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho. En consecuencia, la Corte establece que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria⁹⁰.

86 Párr. 229. Sobre la estructura jerárquica del poder judicial en Chile y sobre los efectos del caso Atala, ver COUSO, J. Reacciones institucionales y sociales al “fallo Atala” en Chile. En: VON BOGDANDY, PIOVESAN y MORALES-ANTONIAZZI (coords.). *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*. México, D.F.: Porrúa, 111-132.

87 Párr. 236.

88 Referencias párrs. 228 y 229.

89 Párr. 236 con referencia párr. 215.

90 Párr. 237.

El Estado vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la CADH en perjuicio de Karen Atala Riffo por el proceso disciplinario. Con claridad surge como regla que:

- 1) si existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto, entonces hay violación de la garantía de imparcialidad.
- 2) si dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la persona investigada en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho, entonces hay violación de la garantía de imparcialidad subjetiva.

CONSIDERACIONES FINALES

Si fue probado que las sentencias de fondo que quitaron la tenencia de las niñas (supuesto trabajado en el apartado III.A) también contenían estereotipos, ¿por qué entonces concluir que ahí no se violó la garantía de imparcialidad? Insisto, es la propia Corte IDH quien resalta que algunos actos discriminatorios analizados “se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales, particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y *la aplicación del derecho interno*”⁹¹.

IMPARCIALIDAD EN RELACIÓN CON LA DECISIÓN DE FONDO	IMPARCIALIDAD EN RELACIÓN CON EL PROCESO DISCIPLINARIO
Párrs. 190-192. No hay violación de la garantía de imparcialidad	Párrs. 234, 237. Hay violación a la garantía de imparcialidad

Fuente: elaboración propia, sobre la base de la sentencia en el caso *Atala* (2012).

El análisis de estereotipos en casos de desigualdad estructural requiere re-visitarse la garantía de imparcialidad. Si en la primera parte de la sentencia se acreditó la discriminación por el uso de estereotipos es porque la sentencia atacada tampoco contenía una motivación objetiva y razonable. La garantía de imparcialidad carece de las credenciales objetivas para aparentar que el/la juzgador/a se movió solo por el derecho en la impartición de justicia. El problema radical reside en que la garantía de imparcialidad, sea que se la llame subjetiva u objetiva, está pensada desde supuestos individuales. Esta concepción de la garantía de imparcialidad no responde a la concepción de desigualdad estructural; en estos supuestos la falta de una motivación objetiva y razonable deviene porque la mirada y la supuesta justificación se nubla

91 Pár. 267; 92.

por estereotipos. Esto basta como indicio para correr la carga de la prueba al Estado. Debe ser el Estado el que demuestre que a pesar de todo existían garantías en el caso. No olvidemos que estamos discutiendo imparcialidad en presencia de “actos discriminatorios” constatados, “que se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica” contra el colectivo afectado. En suma, se puede sostener que:

3) si existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en la sentencia (esto es extensible a informes, actos y prácticas estatales), que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicha sentencia no fueron objetivos respecto a este punto, entonces hay violación de la garantía de imparcialidad.

Esta regla puede ser el puntapié para barajar nuevamente las cartas que gobiernan la imparcialidad (presunción, carga de la prueba y de la argumentación, estándar de la prueba). De lo contrario, no se despliega el análisis de estereotipos en forma integral⁹² en la sentencia ni se toma en serio que estamos ante un supuesto de desigualdad estructural.

REFERENCIAS

- ABRUSCI, E. (2017) A tale of convergence? Discrimination based on sexual orientation in regional human rights bodies and the Human Rights Committee. *Nordic Journal of Human Rights*. 35, 3, 240-257.
- AGUILÓ REGLA, J. (2008). Imparcialidad y aplicación de la ley. *Estudios de Derecho Judicial*. N.º 151, 139-165.
- AÑÓN, M. J. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía*. 127-157.
- BOGDANDY, A. VON, MORALES ANTONIAZZI, M. y PIOVESAN, F. (2012). *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*. México, D.F.: Porrúa.
- BOUZAT, A. (2006). Acerca de la garantía constitucional del juez imparcial. *Revista de Doctrina Costa Sud*. N.º 14, marzo.

92 CUSACK, S. Eliminating judicial stereotyping. Equal access to justice for women in gender-based violence. Documento de trabajo, 2014, 22. Disponible en: <http://cedaw-in-action.org/en/2014/04/22/eliminating-judicial-stereotyping-equal-access-to-justice-for-women-in-gender-based-violence-cases-2014/> (Último acceso: 30/11/2017): “*Judges must reach impartial decisions based on law and relevant facts in evidence. Impartiality can, however, be compromised when judges disregard law and facts in favour of stereotypes. This is because judicial outcomes based on generalised views or preconceptions do not take a person’s actual needs, abilities or circumstances into account and, therefore, distort the truth*” (resaltado agregado).

- CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, E. (2015-2016). Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N.º 9, octubre-marzo, 26-48.
- CATALÁ BAS, A. H. y ORTIZ TORRICOS, M. (2017). La comunicación horizontal y vertical en los sistemas americano y europeo de protección de derechos humanos a propósito del derecho al juez natural. Hacia un derecho global de los derechos humanos. *Estudios de Deusto*. Vol. 65, n.º 1, 73-121.
- CIDH. (2017). Comunicado de Prensa, “En el Día Internacional de la Memoria Trans, la CIDH urge a los Estados a garantizar el pleno acceso de las personas trans a sus derechos económicos, sociales y culturales”. 20 de noviembre. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/185.asp> (Último acceso: 21/11/2017).
- CIDH. (2017). *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*.
- CIDH. *Mujeres Indígenas Desaparecidas y Asesinadas en Columbia Británica*. Canadá, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 30/14, 21/12/2014; y en: CIDH. (2017). *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*, 59 ss.
- CLÉRICO, L. (2012). Impacto del caso Atala. Posibilidades y perspectivas. En: VON BOGDANDY, MORALES ANTONIAZZI, y PIOVESAN. *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*. México, D.F.: Porrúa; y en: *Contextos*. Disponible en: www.biblio.juridicas.unam.mx
- CLÉRICO, L. y ALDAO, M. (2011). La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: *Revista Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca. Año 9, n.º 1, 167. Disponible en: http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_9_1_2011/08.%20LA%20IGUALDAD_CLERICO_ALDAO.pdf (Último acceso: 09/01/2018).
- CLÉRICO, L. y NOVELLI, C. (2016). La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir el caso “Campo Algodonero” sobre violencia de género. *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso. 453-487.
- CLÉRICO, L. y ALDAO M. (2011). Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. *Revista Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca. Julio. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf> (Último acceso: 8/1/2018).
- CODDOU McMANUS, A. (2017). Addressing poverty through a transformative approach to anti-discrimination law in Latin America. En: FORTES P., BORATTI L., PALACIOS LLERAS A. y GERALD DALY T. (coords.). *Law and policy in Latin America*. London: St. Antony’s Series, Palgrave Macmillan.
- Comité CEDAW. (2004). Recomendación general n.º 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal. 30.º período de sesiones.
- CONTESSE, J. (2007). Implicancias y recusaciones: el caso del Tribunal Constitucional. Informe en derecho sobre la inhabilidad constitucional para conocer de un caso en el que se ha vertido opinión pública con anterioridad. *Ius et Praxis*. Año 13, n.º 2, 394.

- CONTESSÉ, J. (2013). ¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf (Último acceso: 09/01/2018).
- COOK, R. y CUSACK, S. (2010). *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Bogotá: Profamilia.
- COUSO, J. (2012). Reacciones institucionales y sociales al “fallo Atala” en Chile. En: VON BOGDANDY, PIOVESAN y MORALES-ANTONIAZZI (coords.). *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*. México, D.F.: Porrúa, 111-132.
- CUSACK, S. (2014). Eliminating judicial stereotyping equal access to justice for women in gender-based violence. Documento de trabajo. Disponible en: <http://cedaw-in-action.org/en/2014/04/22/eliminating-judicial-stereotyping-equal-access-to-justice-for-women-in-gender-based-violence-cases-2014/> (Último acceso: 30/11/2017).
- DÍAZ ALDERETE, E. R. (2013). Perspectiva de género en las sentencias judiciales y en el ámbito jurídico. *LLNOA* 2013, septiembre, 825.
- Entrevista a la jueza Karen Atala, “Lesbofobia de Estado”. En: *Diario Página 12*. 16 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/44360-lesbofobia-de-estado> (Último acceso: 11/11/2017).
- EZPELETA, C., COLAZO, C. y CANTORE, L. (2014). Igualdad, género y Constitución: aportes feministas para la reformulación del principio de igualdad. Análisis de fallos relevantes desde una perspectiva de género(s). En: GROSMAN, LEGARRE, RIVERA y ELÍAS (coords.). *Tratado de derechos constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot y Thomson Reuters, 958-1031.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G. (2015). Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por violencia de género: el papel del Comité CEDAW en la eliminación de la discriminación y de la estereotipación. *Oñati Socio-legal Series*. 5 (2), 498-519.
- FRASER, N. (2008). *Escalas de justicia*. Barcelona: Herder.
- FRASER, N. (1997). *Iustitia interrupta*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores y Universidad de los Andes.
- L'HEUREUX-DUBÉ, C. (2011). Beyond the myths: Equality, impartiality, and justice. 10(1) *Journal of Social Distress and the Homeless* 87, 102.
- Naciones Unidas. (2011). Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers. UN Doc A/66/289.
- Oficina del Alto Comisionado de la ONU. (2013). Gender stereotyping as a human rights violation. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx> (Último acceso: 11/11/2017).
- PARRA VERA, Ó. y HUBER, F. (2012). Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: comentarios al caso Atala Riffo y niñas. En: VON BOGDANDY, PIOVESAN y MORALES-ANTONIAZZI (coords.). *Igualdad y orientación sexual. El caso*

Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial. México, D.F.: Porrúa, 167-208.

RONCONI, L. y ALDAO, M. (2011). Una oportunidad de ampliar el principio de igualdad en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. N.º 2011-III (junio). Abeledo Perrot, 262-276.

RONCONI, L. (2016). Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*. 12, 119-131.

TIMMER, A. (2011). Toward an anti-stereotyping approach for the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*. 11 (4), 707-738.

Un Women. (2011). Progress of the World's Women 2010-2011. En: *Pursuit of justice*. UN Publications.

YOUNG, I. (2011). *Responsibility for Justice*. Oxford: OUP.

Jurisprudencia

Corte IDH. (2004). *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio.

Corte IDH. (2008). *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de los Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto.

Corte IDH. (2008). *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto.

Corte IDH. (2009). *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sobre detención arbitraria. Sentencia de 17 de noviembre.

Corte IDH. (2009). *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre.

Corte IDH. (2010). *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Sentencia de 1 de septiembre.

Corte IDH. (2012). *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre.

Corte IDH. (2012). *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero.

Corte IDH. (2012). *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril.

Corte IDH. (2014). *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentencia de 29 de mayo.

Corte IDH. (2014). *Caso Véliz Franco vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo.

Corte IDH. (2015). *Caso "Gómez Lluy vs. Ecuador*. Sentencia de 1 de septiembre.

Corte IDH. (2015). *Caso Velásquez Paiz vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre.

- Corte IDH. (2016). *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero.
- Corte IDH. (2016). *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. Sentencia de 31 de agosto.
- Corte IDH. (2016). *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*.
- Corte IDH. (2017). *Caso Gutiérrez Hernández vs. Guatemala*. Sentencia de 24 de agosto.
- TEDH. (1982). *Piersack vs. Bélgica*. Sentencia de 1 de octubre.
- TEDH. (1984). *De Cubber vs. Bélgica*. Sentencia de 26 de octubre.
- TEDH. (1993). *Fey vs. Austria*. Sentencia de 24 de febrero.
- TEDH. (1996). *Pullar v. The United Kingdom*. Sentencia de 10 de junio.
- TEDH. (2002). *Morris v. The United Kingdom*. Sentencia de 26 de febrero.
- TEDH. (2004). *Pabla KY v. Finland*. Sentencia de 6 de junio.