

DERECHO DE LA MUJER A LA FUNCIÓN PÚBLICA: UN CASO CHILENO DEL SIGLO XIX

*Rodrigo Céspedes**

La Corte Suprema Chilena, en sentencia del año 1893, revocó una sentencia de la Corte de Apelaciones que niega el acceso al empleo público a una mujer por su condición de tal. La Corte Suprema, aceptando la petición de la recurrente, resuelve que el principio de igualdad constitucional se aplica de manera prioritaria y directa, tanto para hombres como para mujeres. Asimismo, reafirma que las mujeres pueden hacer todo lo que no les está prohibido de forma específica; por lo tanto, las limitaciones a los derechos de la mujer deben interpretarse restrictivamente.

Sentencia 2597, Matilde Throup, 1893
Concurso de opositores a la plaza de secretario judicial
y notario de Ancud
Gaceta de los Tribunales, año LIII, n.º 3.735,
Santiago, 1893, pp. 393-394
Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de abril de 1893
Corte Suprema, 23 de septiembre de 1893

*I. Texto de la sentencia*¹

1. SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN

Concepción, 6 de abril de 1893.-

Vistos: teniendo en consideración:

1. Que el art. 320 de la Ley de Tribunales dispone que la Corte examinará las aptitudes y mérito de los opositores a los concursos

* Investigador, Instituto Max Planck de Antropología Social (Halle), Departamento de Derecho y Antropología, correo electrónico: cespedes@eth.mpg.de

¹ Agradezco a mis colegas Alex Murray, Rusbel Ricardo Ortíz Dicelis y Anett Kirchhof por la ayuda prestada en este trabajo. La ortografía de la sentencia está adaptada al castellano actual.

- públicos establecidos para la provisión de los cargos de relator, notario, secretario de Juzgado, etcétera;
2. Que aun cuando el título de abogado supone la competencia y honorabilidad de la persona que lo posee, él por sí solo no basta para presumir a esa persona con las aptitudes requeridas por la ley para desempeñar esta clase de cargos públicos, ya que un abogado ciego o demente, por ejemplo, carecería de ellas;
 3. Que tanto de la incompatibilidad moral proveniente de la diferencia de sexo, como de la imposibilidad en que la mujer, por su propia condición y naturaleza, se encontraría con frecuencia para ejercer aquellos cargos, resulta que ella no tiene las aptitudes o suficiencia que la ley exige para obtener y servir los mismos cargos;
 4. Que la palabra “abogado” que usa el art. 337 de la citada ley, al determinar los requisitos necesarios para poder ser nombrado secretario de Juzgado, etc., se limita manifestamente por la naturaleza de la disposición y por la historia fidedigna de su establecimiento al sexo masculino;
 5. Que por lo expuesto anteriormente y porque al dictarse la Ley de Tribunales las costumbres sociales y el derecho positivo prohibían a la mujer el acceso a la profesión de abogado, dicha ley no consignó en el caso de que se trata una inhabilitación expresa para la mujer que poseyera el título de abogado; pero esta inhabilitación fluye lógica y forzosamente no sólo de la historia de la ley sino también del artículo últimamente citado, al excluir a la mujer de los antedichos cargos cuando no se presenta a la oposición ningún abogado, puesto que en tal caso exige que el individuo tenga las cualidades necesarias para poder ejercer el derecho de sufragio en las elecciones populares; y la mujer carece de este derecho;
 6. Que, además, prohibiendo la ley que la mujer pueda ser testigo en un testamento solemne con mayor razón le prohíbe que pueda ser el notario o ministro de fe llamado a otorgar tal instrumento; y;
 7. Que el precepto constitucional que

“asegura a todos los habitantes de la República la admisión a todos los empleos y funciones públicas, sin otras condiciones que las que impongan las leyes”,

no se encontraría en el caso contemplado, ya que, según queda establecido, la mujer está inhabilitada por la ley para poder ser nombrada notario o secretario de un Juzgado.

Por estos fundamentos, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal, y conforme a las disposiciones legales recordadas y a lo prescrito en los arts. 1925 y 112 del Código Civil y 10 número 2 de la Constitución Política, se declara sin lugar la petición que en el escrito de f. 15 formula doña Matilde Throup S. a fin de que se le tenga por opuesta al concurso abierto para proveer la notaría y secretaría del Juzgado de Letras de Ancud que deben ser desempeñadas por una misma persona.

Publíquese y reemplácese el papel.—Zenteno B.—Rodríguez C.—Figueroa Lagos.—Puentes R.—Ojeda.—Pronunciada por la Iltima. Corte.—Blaitt, secretario. Santiago, 23 de setiembre de 1893.-

2. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Vistos: considerando:

1. Que el núm. 2° del art. 10 de la Constitución asegura a todos los habitantes de la República la admisión a todos los empleos y funciones públicas sin otras condiciones que las que impongan las leyes;
2. Que este derecho, como los demás que, bajo el epígrafe de Derecho Público de Chile, se consignan en el citado art. 10, los otorga la Constitución a todos los habitantes de la República, sean hombres o mujeres;
3. Que si bien las costumbres y el estado social de la mujer en el país la han mantenido constantemente alejada de la generalidad de las funciones públicas, no es ésta, como no lo son tampoco las consideraciones que puedan deducirse de su naturaleza física o de su condición moral, o de la conveniencia del Estado, razones que en caso de controversia que haya de resolverse por los Tribunales de Justicia, con arreglo a las prescripciones de la ley escrita, puedan servir de fundamento para negar un derecho reconocido explícitamente por la Constitución;
4. Que este derecho de la mujer se entiende limitado sólo cuando leyes especiales, teniendo en vista modificaciones operadas en el modo de ser social de aquélla o consultando interés o propósitos de otra especie, restringen de alguna manera su capacidad legal para ejercer determinados empleos o determinadas funciones públicas;
5. Que lo expuesto se comprueba con lo ordenado en el artículo 25 de la Ley de Elecciones de 1890, que al disponer que las mujeres

- no sean inscritas en los registros electorales, les impide adquirir la calidad de ciudadanos activos con el derecho de sufragio y las inhabilita, por consiguiente, para desempeñar los empleos o funciones para cuya admisión sea necesaria esa circunstancia;
6. Que del mismo modo, si bien es verdad que existen algunas disposiciones como la del art. 1012 del Código Civil citado en el auto de primera instancia y otras como la del art. 499, por ejemplo, que declara a la mujer incapaz en general de toda tutela o curaduría, o como la del art. 1413 del Código de Comercio que le prohíbe ser síndico de una quiebra, prohibición esta última que no estableció la ley de 8 de febrero de 1837 al reglamentar los concursos de acreedores, por creerla tal vez innecesaria en aquella época, también es cierto que estas excepciones, como la consignada, en la consideración anterior, manifiestan de modo evidente que la mujer dentro del derecho público como dentro del derecho privado tiene capacidad legal para el ejercicio de los empleos, funciones o cargos que con arreglo a ellos puedan conferirse, y de que no haya sido declarada incapaz o inhabilitada legalmente de otro modo para su desempeño por razón del sexo;
 7. Que establecido el antecedente de que doña Matilde Throup, no obstante su sexo, tiene constitucionalmente derecho como todo habitante de la República para ser admitida al desempeño de los empleos públicos que pretende, falta solo considerar si reúne las condiciones que exige la ley para presentarse como aspirante en el concurso abierto para la provisión de dichos empleos;
 8. Que los arts. 337 y 363 de la ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 15 de octubre de 1875, sólo exige como requisito especial para poder ser secretario de un Juzgado de Letras o para poder ser notario, la calidad de abogado, calidad de que la solicitante se halla en posesión desde el 6 de junio de 1892, fecha en que esta Corte le expidió el correspondiente título en conformidad al art. 403 de la citada ley de 15 de octubre de 1875;
 9. Que no hay razón para suponer que la palabra abogado empleada en el citado art. 337 se refiera sólo a un sexo, puesto que la naturaleza de la disposición y su contexto no lo manifiestan claramente, ni existe en la historia del establecimiento de la ley antecedente del cual pueda deducirse que deba entenderse de otro modo que en el sentido general en que está usada y com-

prensiva por tanto de los dos sexos, como lo previene el art. 25 del Código Civil.

Con arreglo a las consideraciones precedentes y disposiciones legales citadas, se revoca la resolución apelada de 6 de abril de 1893, corriente a f. 30 vta., y se declara que doña Matilde Throup tiene derecho a ser admitida en el concurso a que se ha convocado para la provisión de las plazas de secretario del Juzgado de Letras y de notario de Ancud.

Acordada por los señores Presidente Barceló y Ministros Amunátegui, Alfonso, Sanhueza y Urrutia contra el voto de los señores Ministros Risopatron i Flores que opinaron por la confirmación del auto apelado.

Publíquese y devuélvanse.— Barceló.— Amunátegui.— Risopatron.— Alfonso.— Sanhueza.— Flores.— L. Urrutia.— Proveído por la Excma. Corte Suprema.— Montt, secretario.

II. Comentario

El caso que comento, pese a su antigüedad, es paradójicamente actual. Es frecuente escuchar en el debate nacional posturas feministas, más o menos radicales. Se ha instalado en el discurso público referirse a “chilenos y chilenas” como recurso puramente semántico para mostrar corrección política y progresismo, como si las palabras y las formas vacías tuvieran un efecto mágico en la realidad. Este no es el caso, como lo señala nuestra Corte Suprema.

Matilde Throup, que cursó sus estudios de derecho y recibió su habilitación para ejercer, postula a un concurso para ser notario y secretaria en un juzgado. La Corte de Apelaciones de Concepción la rechaza por ser mujer, ya que su sexo la inhabilita para ser parte del Poder Judicial. En palabras del tribunal, su “condición y naturaleza” le impiden acceder a este cargo como “a un abogado ciego o demente”. Así, solo por su sexo, la demandante “no tiene las aptitudes o suficiencia que la ley exige para obtener y servir los mismos cargos” y adolece de “incompatibilidad moral proveniente de la diferencia de sexo”. Según la Corte de Apelaciones, el término ‘abogado’ utilizado en la legislación restringiría los cargos solo a los hombres y, de las múltiples restricciones a los derechos de las mujeres, se colegiría un principio general que les prohíbe acceder a este tipo de concursos, lo que es confirmado por los convencionalismos sociales. Por último, la igualdad prescrita en la Constitución no se aplicaría a este caso. La Corte Suprema revoca este fallo y concede el derecho a la demandante a acceder al cargo, señalando que los principios de igualdad y libertad se aplican de modo prioritario y directo.

Los estudios de las sentencias chilenas del siglo XIX se han centrado más que todo en aspectos relacionados con el control de los actos administrativos y la nulidad de derecho público², aspectos tributarios³, la responsabilidad del Estado/derecho de propiedad⁴ y sobre el Estado de derecho en general⁵. He visto pocos trabajos sobre aplicación de los que, en terminología estadounidense, se llamarían *civil rights*⁶. La sentencia comentada no solo es un excelente caso de protección, sino que, además, esta decisión tiene varios aspectos relevantes: la igualdad y la libertad como derechos constitucionales, los convencionalismos sociales, la interpretación de las normas y el mérito de esta sentencia como hito histórico en el avance de los derechos de la mujer.

1. LA IGUALDAD

COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho a la igualdad y la proscripción de la discriminación ilegítima son principios reconocidos por todas las naciones civilizadas; son consideradas como normas de *ius cogens*⁷. Tratados de derechos humanos⁸,

² Eduardo SOTO KLOSS, “*Márquez c/Municipalidad de La Serena (1903)*”. Un voto en contra muy Especial”, pp 261-265; Gabriel BOCKSANG HOLA, “*Larraín con Intendente de Santiago (1864)*”, Separación de funciones estatales/operatividad directa de la Constitución/principio de juridicidad/*nemo iudex in causa sua*). También, Rodrigo CESPEDES, “*Contra el subdelegado don Medardo Monti (1867)*, por abusos”, pp. 275-279.

³ Rodrigo CESPEDES & Jaime GARCÍA, “Ley de comuna autónoma (1891), cargas públicas y proporcionalidad”, pp 677-685. También, Rodrigo CESPEDES, “Cargas públicas y enriquecimiento sin causa. un caso del siglo XIX”, pp. 379-383.

⁴ Eduardo SOTO KLOSS, “1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones (i)”, pp. 79-99; Eduardo SOTO KLOSS, “1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones (ii)”, pp. 72-84. También, Gabriel BOCKSANG HOLA, “Política jurisdiccional en dispositivos anómalos de sentencias referidas a la administración del Estado (1819-1858)”, pp 277-294.

⁵ Gabriel BOCKSANG HOLA, *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*. También, Rodrigo CESPEDES, “Administración, heterotutela y cosa juzgada en el siglo XIX”, pp. 259-265.

⁶ Los derechos civiles son aquellos que garantizan las libertades por parte del poder y protegen la capacidad del ciudadano para participar en la vida civil y política del Estado en condiciones de igualdad, y sin discriminación.

⁷ Anne F. BAYEFISKY, “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, pp. 1-34. También, Andrea BIANCHI, “Human rights and the magic of jus cogens”, pp. 491-508. También, Nick O'BRIEN, “Equality and Human Rights: Foundations of a Common Culture?”, pp. 27-35.

⁸ Artículos 1, 2 y 7 UDHR, Arts. 2.1, 4.1, 24.1, 25 y 26 ICCPR; artículos 2.2, 7.a.i, 7.c, y 10.3 ICESCR. Para un análisis de la jurisprudencia relevante en el ámbito internacional y nacional.

declaraciones internacionales específicas⁹, constituciones¹⁰ y la legislación establecen la igualdad como principio fundamental. Como la discriminación es aún una práctica persistente, instituciones internacionales y nacionales (incluyendo ONG) promocionan la igualdad y denuncian las prácticas discriminatorias. La igualdad es un claro ejemplo de un valor superior que inspira todo nuestro ordenamiento contemporáneo occidental, con la consecuente prohibición de la discriminación arbitraria. La sentencia comentada anticipa esta tendencia, convirtiéndose en un hito en la jurisprudencia chilena y, quizá, mundial. Esto, pues la igualdad y la no-discriminación eran valores esenciales del “derecho público de Chile” de esa época como lo señala nuestro Máximo Tribunal.

El Constituyente de 1833 reitera expresamente el principio de igualdad en algunos ámbitos (artículo 12 n.ºs 1 y 4), pero aun así el fallo de la Corte Suprema es revolucionario para esos años. El legislador hizo lo mismo, estableciendo esta garantía en muchos cuerpos legislativos, así como ya lo declaraba el *Código Civil* en esa época¹¹. Este valor superior será una especie de pauta a la que se atribuye un contenido de evidente justicia, parte esencial de los cimientos de todo el sistema jurídico.

Igualdad significa tratar a las personas de la misma manera si están situadas en circunstancias similares. Es, por tanto, implícito que individuos que se encuentran en situaciones diferentes serán tratados en forma diversa. Lo que señala la Corte Suprema es, en efecto, eso. Una mujer “abogado”, que hizo los correspondientes estudios (las universidades chilenas estaban abiertas para mujeres desde 1873¹²) y recibió su título de la misma Corte Suprema, no se encuentra en una posición diferente a la de un varón. Por lo tanto, no puede ser equiparable a un “abogado ciego o demente”. El Máximo Tribunal remarca que mujer no es inhábil “por su propia condición y naturaleza”, ni que de esto puede colegirse una “incompatibilidad moral proveniente de la diferencia de sexo” como dice la Corte de Concepción. La Corte de Apelaciones sostiene que la mujer en general no “tiene las aptitudes o suficiencia que la ley exige para obtener y servir los mismos cargos”. Sin embargo, la Corte Suprema señala

⁹ Por ejemplo, convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).

¹⁰ Por ejemplo, Austria, artículo 7; Bélgica, artículo 10; Finlandia, sec. 6.1; Alemania, artículo 3; Irlanda, artículo 40; Holanda, artículo 1; Polonia, artículo 32; España, artículo 14; por nombrar a algunos.

¹¹ Por ejemplo, el artículo 55 del *Código Civil* establece igualdad de todas las personas.

¹² Incluso, antes que muchos países europeos. Francesca Miller, *Latin American Women and the Search for Social Justice*.

que si Matilde Throup obtuvo el título profesional, está perfectamente capacitada para el concurso al que postula.

Las regulaciones segregatorias eran comunes en el pasado, debido al influjo de la mentalidad ilustrada y napoleónica en la legislación del siglo XIX. En esta sentencia me encuentro frente a una discriminación asociada a situaciones de concurrencia y competencia entre individuos por “recursos” escasos (en particular los puestos de trabajo, en este caso un “concurso de opositores a la plaza de secretario judicial y notario de Ancud”). Si algún individuo es preferido o desfavorecido entre un grupo porque tiene (o adolece) de una característica dada (ser mujer, por ejemplo) y sin justificación racional (como la diferencia entre abogados y una *abogada*), estoy en presencia de discriminación ilegítima, como lo constata nuestra Corte Suprema. Antes de la selección, las personas que cumplen con los requisitos son *per se* iguales (solo hay que

“considerar si reúne las condiciones que exige la ley para presentarse como aspirante en el concurso abierto para la provisión de dichos empleos”).

Después que la selección es realizada, la discriminación ilegítima puede ser detectada identificando el factor que inclinó la preferencia por algún individuo en particular. En el caso en comento, es explícito. La Corte de Apelaciones de Concepción excluye a Matilde Throup por el solo hecho de su género. La aparición de criterios ilegítimos (basados en raza, género o religión por ejemplo) era frecuente en esa época. En realidad, una selección es legítima solo si se justifica en el talento, habilidad o conocimiento (o sea, en “las aptitudes y mérito de los opositores a los concursos públicos”). El objetivo de eliminar las discriminaciones ilegítimas es permitir que cada individuo tenga igualdad de oportunidades a acceder a los beneficios que la comunidad les ofrece de manera justa. Por ejemplo, en el ingreso a la función pública como lo remarca nuestro Máximo Tribunal. La Corte deja en claro que, en el acceso a la función pública, en sentido amplio, son todos iguales como los señala la Constitución de 1833:

“la Constitución asegura a todos los habitantes de la República la admisión a todos los empleos y funciones públicas sin otras condiciones que las que impongan las leyes;... [el] Derecho Público de Chile... otorga [este derecho] a todos los habitantes de la República, sean hombres o mujeres”).

Una vez que todos los candidatos han accedido en igualdad de condiciones, viene un proceso de selección que es discrecional, pero que deben ser ejercidos con ciertos límites y siguiendo ciertos principios: imparcialidad, neutralidad, independencia, objetividad, razonabilidad, corrección procedimental y, por cierto, los requisitos que solo la ley puede establecer:

(“[la ley] sólo exige como requisito especial para poder ser secretario de un Juzgado de Letras o para poder ser notario, la calidad de abogado, calidad de que la solicitante se halla en posesión”).

Como acertadamente sostiene la Corte Suprema, no hay ninguna prohibición legal específica que impida a las mujeres ser parte del Poder Judicial (“algunas disposiciones” que establecen “incapacidades” de la mujer, son “excepciones”, entonces:

“la mujer dentro del derecho público como dentro del derecho privado tiene capacidad legal para el ejercicio de los empleos, funciones o cargos [siempre que] no haya sido declarada incapaz o inhabilitada legalmente”).

Por lo tanto, la demandante cumple con los requisitos para el cargo, la ley “sólo exige como requisito especial... la calidad de abogado”.

2. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS, SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y CONVENCIONES SOCIALES

Los principios generales del derecho también se denominan *principios generales de la legislación* (art. 24 del CC); las expresiones suenan parecidas, pero no sinónimas. La última tiene un cariz más positivista: parece como si estos fueran una *inducción* de la legislación, extraídos después del estudio de todo el ordenamiento jurídico y cada una de sus áreas. Por ejemplo, la noción del “ánimo de lucro”, la intermediación y profesionalidad como parte esencial de la actividad mercantil se derivan de varias disposiciones del *Código de Comercio*. Una generalización propia del legislador es la prohibición de las transferencias (traspaso entre vivos) a título universal, lo que se extrae de los artículos 1407, 1811 y 2056 del *Código Civil*. La Corte de Concepción hace una generalización similar: infiere una incapacidad general de varias disposiciones legales que establecen la incapacidad de la mujer para ejecutar ciertos actos. En efecto, carecía del “derecho de sufragio en las elecciones populares” o no podía “ser testigo en un testamento solemne”. De estas normas particulares, la “inhabilitación fluye lógica y forzosamente”. La Corte Suprema diría exactamente lo contrario.

Un rasgo importante de nuestro ordenamiento jurídico es la supremacía y la aplicación directa de la Carta Fundamental (en esto, hay una solución de continuidad entre las Constituciones de 1833, 1925 y 1980). Ante cualquier principio inductivo que provenga de la legislación, se impone la Carta Fundamental. En esta, la igualdad es un valor superior

que inspira todo nuestro ordenamiento, incluida las normas que regulan el acceso a cargos públicos. Por eso, el derecho a participar en concursos para cargos públicos solo se encuentra limitado por las “condiciones que impongan las leyes”. Como ser mujer no es una limitación prescrita por ley, la litigante “no obstante su sexo, tiene constitucionalmente derecho como *todo* habitante de la República para ser admitida al desempeño de los empleos públicos”. Entonces, la Constitución y “el Derecho Público de Chile, otorga ese derecho a *todos* los habitantes de la República, sean *hombres* o *mujeres*”. La igualdad, es un “derecho reconocido explícitamente por la Constitución”, la norma superior, cúspide del ordenamiento. La Corte de Concepción ignora esta supremacía y la aplicación directa diciendo que la Carta Fundamental no se aplica “al caso contemplado”.

La Corte Suprema no solo se vale de la supremacía constitucional y el derecho a la igualdad, sino, también, del principio general de libertad. En efecto, los ciudadanos pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido, con un vasto campo de acción. Para garantizar este principio general, el poder público solo puede imponer requisitos, restricciones y cargas por la fuente formal autorizada por la Carta Máxima (normalmente la ley). La libertad personal en general, por una parte y la limitación al poder público (por medio de la ley), por la otra, son complementarios. El objetivo de ambas nociones es garantizar la libertad de las personas, para cuya protección el derecho existe. Estos dos criterios no pueden desecharse al momento de interpretar el derecho. En efecto, desconocerlos puede provocar serias distorsiones, como se deduce de la sentencia de la Corte Suprema. La Constitución (como norma superior y directamente aplicable) no puede dejarse de lado y hacer este tipo de meras generalizaciones legales. En este tipo de conflictos, los principios se extraen no solo de la legislación, sino de todo el derecho, incluyendo por cierto la Carta Fundamental. Tratándose de derechos individuales, la interpretación debe ser extensiva (*pro homine*, o *pro femina*, para contentar a la corrección política). Si hay normas particulares que establecen inhabilidades o limitaciones, su interpretación debe ser estricta. Es decir, si hay restricciones puntuales, lo que debe colegirse es que lo que no está prohibido de modo expreso está permitido como principio general. Este es en la práctica un axioma del derecho público que protege la libertad individual. En efecto, como señala la Corte Suprema, solo “existen algunas disposiciones” que establecen incapacidades o prohibiciones a la mujer que son solo “excepciones”, de modo que en “derecho público como dentro del derecho privado [la mujer tiene] tiene capacidad legal” salvo para situaciones puntuales. En consecuencia, la igualdad se limita “sólo cuando leyes especiales... restringen de alguna manera [la] capacidad

legal [de la mujer] para ejercer determinados empleos”. Entonces, no hay “inhabilitación expresa” para acceder al cargo, como, de modo errado, infiere la Corte de Concepción. De esta forma, la generalización que hace la Corte de Apelaciones no resiste mayor análisis si se compara con la supremacía constitucional, la igualdad y el principio general de libertad. En la prelación de elementos hermenéuticos, la interpretación conforme a la Constitución y el derecho público chileno tienen prioridad.

El argumento literal utilizado por la Corte de Concepciones es del todo superficial. La palabra ‘abogado’, según la Corte de Concepción, “limita manifiestamente por la naturaleza de la disposición y por la historia fidedigna de su establecimiento al sexo masculino”. El Máximo Tribunal refuta diciendo:

“no hay razón para suponer que la palabra abogado... se refiera sólo a un sexo, puesto que la naturaleza de la disposición y su contexto no lo manifiestan claramente... deb[e] entenderse... comprensiva por tanto de los dos sexos”.

Para terminar, otro argumento considerado por ambas Cortes es la “época” y también los usos sociales. Todas las categorías protegidas (el género, por ejemplo), son listas abiertas y varían con tiempo¹³ o lugar, evolucionan¹⁴. La Corte de Apelaciones hace un errado juicio sobre la evo-

¹³ Un caso interesante en esta materia es “Contra Vallejo Pacheco (Revista Pingüino)”, sec. 4, p. 313 y ss. En este caso, la revista *Pingüino* publica ejemplares con desnudos femeninos parciales, se inicia procedimiento criminal por el delito de “ultraje al pudor y las buenas costumbres”. El juez de primera instancia señala que las fotografías en cuestión son obscenas y contrarias a las buenas costumbres; se trata de pornografía y no persiguen fin artístico. Por lo tanto, encuadra dentro del delito de ultraje al pudor y las buenas costumbres, ya que se trata de conductas de significación sexual a vista del público y que causan escándalo por afectar la moral social. La sentencia es revocada porque no hay, en realidad, “grave escándalo”, y este tipo de vestimenta (o la ausencia de ella) es tolerada. Esto se evidencia en las playas, en los espectáculos y en la prensa (cine, TV, etc.). El juez, entonces, debe interpretar el sentir de la comunidad y sopesar la conciencia moral imperante. El Tribunal Superior señala que la moralidad pública es cambiante, las normas fueron dictadas hace mucho tiempo, para una realidad distinta. El juez debe interpretar las normas según la evolución social y, según la época del fallo, ese tipo de conducta no puede ser penalizada.

¹⁴ Por ejemplo, en Estados Unidos, el caso más importante en materia de discriminación racial es *Dred Scott v Sandford* (1857). En este se declara que no todos los hombres son libres, la esclavitud es constitucional y los esclavos son “propiedad”. Dejada sin efecto por la Enmienda XIII (1865) después de la Guerra de Secesión; sin embargo, los Estados sureños promulgaron regulaciones “para negros” o *black codes*, tendientes a restringir los derechos de los antiguos esclavos. Si bien se eliminó la esclavitud, esto no significó el fin de la discriminación, por lo que se puso en vigor la Enmienda XIV (1870). Aun así, los *black codes* (formalmente eliminados por la *Civil Right Act* de 1866), fueron

lución de las costumbres, ya que Matilde Throup perfectamente, y en esa época, había podido entrar a la universidad y obtener su título profesional. La Corte de Apelaciones señala que las “costumbres sociales y el derecho positivo prohibían a la mujer el acceso a la profesión de abogado”. Pero el Máximo Tribunal agrega: “las costumbres y el estado social de la mujer en el país la han mantenido constantemente alejada de la generalidad de las funciones públicas”, y enseguida añade que esto no puede “servir de fundamento para negar un derecho reconocido explícitamente por la Constitución”. La Corte Suprema parece entender que los tiempos de exclusión de la mujer eran cosa del pasado según las “modificaciones operadas en el modo de ser social”. Y agrega que la prohibición para acceder al cargo era “innecesaria en aquella época”, pero los nuevos tiempos exigen una incapacidad expresa. La supremacía constitucional tiene mayor fuerza y se impone frente a ciertos convencionalismos sociales.

3. Hito mundial en la protección de los derechos de la mujer

Este fallo chileno es, en verdad, un hito en la lucha por la no-discriminación y la igualdad de género. Veinte años antes, la Corte Suprema de Estados Unidos falló el caso *Bradwell v Illinois* 83 US (16 Wall.) 130 (1873). La sentencia tiene una asombrosa similitud con el caso que comento.

Myra Bradwell aprueba los exámenes de derecho y la barra de abogados le niega su incorporación por el solo hecho de ser mujer; si bien el estatuto solo exigía buena conducta y conocimientos adecuados. Los tribunales de Illinois sustentan la misma teoría (“corresponde a los varones crear, aplicar y ejecutar las leyes”). No obstante, el Estatuto de Illinois no prohibía expresamente a las mujeres ejercer la abogacía. Su marido recurre a la Corte Suprema fundado en el error en la interpretación del Estatuto y la consiguiente violación a la igualdad constitucionalmente garantizada.

El problema en esencia, consistía en determinar si atentaba contra la igualdad constitucional la decisión de la barra de abogados y de los tribunales de Illinois al negar a una mujer la licencia para ejercer la abogacía. La Corte Suprema Americana señaló que la decisión de excluir a una mujer de la abogacía no era contraria a la Constitución. Es decir, el

reemplazados por regulaciones informales y discriminatorias. El proceso ha sido largo y la efectiva integración en toda la nación solo se logró en la década de 1960.

derecho a ejercer la abogacía no es de aquellos que correspondan a *toda* persona que tenga los requisitos señalados en el Estatuto. Esto, ya que según la Corte, “lo natural y apropiado para la mujer casada es ser excluida de la profesión legal”. A fin de cuentas, “las mujeres tienen una natural delicadeza y timidez que les impide desarrollar apropiadamente ciertas actividades laborales”. Por lo tanto, deben mantenerse las áreas reservadas al varón y la mujer, ya que “la naturaleza misma ha reconocido una gran diferencia en las esferas y destinos en el hombre y la mujer”.

Hay una increíble similitud en los argumentos de la Corte Suprema Americana y la Corte de Apelaciones de Concepción. La sentencia americana asigna papeles muy definidos al género, al igual que la Corte de Apelaciones parece sugerir. Solo bastantes años después se utilizará la Enmienda XIV (1868) para dejar sin efecto regulaciones discriminatorias basadas en el género. De hecho, las mujeres comenzaron a ejercer en general la profesión legal en la década de 1920 en Estados Unidos¹⁵. Por años los tribunales estadounidenses siguieron la tradición de considerarla como un ser humano de segunda clase, incluso después de la Enmienda XIV. Sin embargo, la Corte Suprema chilena se separa de esta tendencia y contradice todos esos argumentos: una verdadera sentencia revolucionaria. Tanto así que en Francia las mujeres pudieron ejercer la profesión legal solo en 1900¹⁶; en Sudáfrica en 1912¹⁷.

Nuestro Máximo Tribunal anticipa la protección de los derechos de la mujer: específicamente el derecho de las mujeres a “jugar” en igualdad de condiciones en un mundo dominado por varones. De hecho, la Corte Suprema chilena supone que hombres y mujeres son, en esencia, iguales, la distinción sexual es accidental y no marca una diferencia para la práctica del derecho. Nuestra Corte prevé todas las posteriores reformas a la legislación, la igualdad de oportunidades y la meritocracia a través de la aplicación de la primacía y aplicación directa de la Constitución de 1833.

¹⁵ Hasta el siglo XX, el derecho estadounidense contemplaba una fuerte potestad marital (*system of coverture/femme covert*), definido por Blackstone, quien señalaba que por matrimonio, los cónyuges se transforman en una sola persona para el ordenamiento jurídico; es decir, la existencia legal de la mujer se suspende durante el matrimonio. Las mujeres casadas no fueron definidas legalmente como “personas”, sino hasta 1875 *Minor v Happersett*, 88 US 162 [1875]. Esta sentencia sostiene que las mujeres no tienen derecho a voto y no hay discriminación por restringirla solo a los hombres.

¹⁶ Margaret L. ARNOT, Cornelia USBORNE & Meg ARNOT, *Gender and Crime in Modern Europe*.

¹⁷ *Incorporated Law Society v Wookey*, 1912 AD 623.

Bibliografía

- ARNOT, Margaret L., Cornelia USBORNE & Meg ARNOT (eds.), *Gender and Crime in Modern Europe*, Psychology Press, 1999.
- BAYEFSKY, Anne F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, in *Human Rights Law Journal*, vol. 11, Nr. 1-2, 1990.
- BIANCHI, Andrea, “Human rights and the magic of *jus cogens*”, in *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel, “Larraín con Intendente de Santiago (1864), Separación de funciones estatales/operatividad directa de la Constitución/principio de jurisdicción/*nemo iudex in causa sua*), en *Ius Publicum*, n.º 39, Santiago, 2017.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel, *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*, Santiago, CUP, 2015.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel, “Política jurisdiccional en dispositivos anómalos de sentencias referidas a la administración del Estado (1819-1858)”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 37, 2015.
- CÉSPEDES, Rodrigo, “Administración, heterotutela y cosa juzgada en el siglo XIX”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.º 10, Santiago, 2017.
- CÉSPEDES, Rodrigo, “Cargas públicas y enriquecimiento sin causa. Un caso del siglo XIX”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 39, 2017.
- CÉSPEDES, Rodrigo, “Contra el subdelegado don Medardo Monti (1867), por abusos”, en *Ius Publicum*, n.º 38, 2017.
- CÉSPEDES, Rodrigo & Jaime GARCÍA, “Ley de comuna autónoma (1891), cargas públicas y proporcionalidad”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 40, 2018.
- MILLER, Francesca, *Latin American Women and the Search for Social Justice*, University Press of New England, 1991.
- O’BRIEN, Nick, “Equality and Human Rights: Foundations of a Common Culture?”, in *The Political Quarterly*, vol. 79, n.º 1, January-March, 2008.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Márquez c/Municipalidad de La Serena (1903). Un voto en contra muy Especial”, en *Ius Publicum*, n.º 38, Santiago, 2017.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones (I), en *Ius Publicum*, n.º 26, Santiago, 2011.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones (II), en *Ius Publicum*, n.º 27, Santiago, 2011.

JURISPRUDENCIA

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, “Contra Vallejo Pacheco (Revista Pingüino)”, en *RDJ*, tomo 61, n.º 78, Santiago, 1964.